

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO**

PODER E NORMA: Michel Foucault e a aplicação do direito

Frederico Ricardo de Ribeiro e Lourenço

CURITIBA, 2008

FREDERICO RICARDO DE RIBEIRO E LOURENÇO

PODER E NORMA: Michel Foucault e a aplicação do direito

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca.

CURITIBA, 2008

TERMO DE APROVAÇÃO

PODER E NORMA: Michel Foucault e a aplicação do direito

Frederico Ricardo de Ribeiro e Lourenço

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre Especialista em Direito.

Aprovada por:

Presidente, Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca

Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig

Prof.^a Dr.^a Maria Rita de Assis César

Curitiba, Paraná
16 de Maio de 2008.

Dedico este trabalho a todos que colaboraram na minha formação intelectual e, em especial, à minha família, pelo sentido da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a minha família, minha mãe e meus irmãos, por me possibilitar alcançar meu objetivo inicial de, então, ingressar na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, o início de tudo.

Igualmente ao meu orientador, Professor Ricardo Marcelo Fonseca, por acreditar quando as idéias aqui apresentadas eram apenas vagas especulações, e pelo exemplo de intelectual.

Aos Professores Celso Luiz Ludwig e Maria Rita, os quais generosamente participaram da banca de defesa da presente dissertação, cujos apontamentos e diálogos foram extremamente enriquecedores.

Aos meus colegas de escritório pelo apoio, especialmente ao Rene, cujas contribuições foram fundamentais para o presente trabalho, e ao meu amigo Raphael pelo longo e profícuo diálogo intelectual dos últimos anos. E a todos que sempre me incentivaram.

Às mulheres da minha vida, Gabriela, Giovana e Ana Luisa, por tudo.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
1 INTRODUÇÃO	1
2 PODER	6
2.1 Poder e Norma.....	7
2.2 O Poder Soberano.....	14
2.3 O Poder Disciplinar.....	16
2.4 Mediações entre o Poder Disciplinar e o Poder Soberano.....	21
3 SOCIEDADES DE NORMALIZAÇÃO	26
3.1 Sociedade Disciplinar.....	26
3.2 Biopoder.....	28
3.3 Sociedade de Segurança.....	31
3.4 A arte de Governar e a Governamentalidade.....	33
4 DIREITO	46
4.1 Estatalismo.....	48
4.2 Direito Estatal e Direito Não-Estatal.....	52
4.3 Lei e Direito.....	55
4.4 Lei e Poder.....	63
5 APLICAÇÃO DO DIREITO	66
5.1 O Estado-Juiz.....	66
5.2 Acesso à justiça.....	73
5.2.1 Limites Externos.....	77
5.2.2 Limites Internos.....	84

6 DIREITO E BIOPODER.....	96
6.1 Aplicação estratégica do Direito (Poder).....	98
6.2 Limites Internos e Disciplina.....	101
6.3 Aplicação do Direito e Biopoder.....	110
7 CONCLUSÃO.....	115
8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	119

RESUMO

O objetivo desta pesquisa é analisar a aplicação do Direito através de categorias estudadas por Michel Foucault. Este pensador francês elaborou ricas teorizações para se entender a realidade e as relações de poder nela desenvolvidas, as quais incidem sobre os indivíduos produzindo sujeitos homogêneos e integrados ao cotidiano. Considerando-se a evidente discrepância entre o direito efetivamente aplicado e as estruturas jurídicas existentes, revela-se fundamental perquirir-se por elementos estranhos ao direito os quais têm como potencialidade afastar o aplicador do direito de bases mínimas de previsibilidade. O *Acesso à justiça* não pode somente ser entendido a partir dos elementos internos ao direito na exata medida em que depende tanto de sujeitos que o apliquem. Ademais, esse mesmo *acesso* se revela um importante instrumento político de interdição dos sujeitos. O Direito, sua aplicação, se revela, assim, intrinsecamente vinculado a elementos “não jurídicos”, tradicionalmente desconsiderados enquanto objeto de estudo.

ABSTRACT

The objective of this research is to analyze the application of the law through categories studied by Michel Foucault. This French thinker has produced rich theorizations to understand the reality and relations of power it developed, which focus on the individuals subject producing homogeneous and integrated with quotidian. Considering the apparent discrepancy between the law effectively implemented and the existing legal structures, it is essential to investigate minutely the foreign elements that have the law to remove potential of the law applicator base minimum of predictability. Access to justice not only can be understood from the internal law in the exact extent of which depends on both subjects that apply. Moreover, that same access it is an important policy tool to ban the subject. The law, its application, it is therefore intrinsically linked to elements "not legal", traditionally disregarded as object of study.

1 INTRODUÇÃO

Em sua obra *O Processo*, Franz KAFKA retrata o envolvimento de Josef K. em um “processo”. Josef K. certa manhã recebe a visita de dois guardas, os quais laconicamente lhe informam que está detido e emaranhado em um processo; dita apresentação ocorre sem grandes explicações ou esclarecimentos, limitando-se eles a dizer, justificando sua ação, que “Esta é a lei. Onde aí haveria erro?”¹.

No decorrer da obra os acontecimentos se sucedem sem que haja um encadeamento lógico ou se descortinem os fatos. Muito menos se apresente qualquer explicação plausível para o início do procedimento, suas razões, qual a conduta do acusado. Ao contrário a cada tentativa do seu maior interessado, Josef K., em receber informações as respostas são sempre evasivas e desconexas.

Sentido-se preso a algo que não pode entender, Josef K. passa a não mais questionar a existência ou a validade desse *processo*, e então canaliza esforços para demonstrar que nada fez, mesmo não sabendo o que teria feito de errado. A existência desse *processo* não é objeto mais de dúvidas na medida em que duvidar da sua existência nenhum resultado prático produzirá. Assim, Josef K. tenta apenas livrar-se de algo que não fez. Os abusos cometidos pelo Tribunal representam a plenipotência de um poder que iguala a todos a partir de um viés formalista e se preocupa somente com a sua lei. Ao final, mesmo sem saber o *porquê* da sua acusação é condenado e executado.

Metaforicamente a obra literária nos apresenta esse *processo* como algo estranho, sem uma estrutura clara. Já a ciência jurídica seria fruto do desenvolvimento humano, podendo ser encarada, positivamente, como produto da *razão*. Talvez por isso em obras jurídicas não se encontre imagem tão marcante e ameaçadora para a não realização do direito, do justo, diria até do razoável, como aquela que se encontra na obra *O Processo* de Franz KAFKA. Afinal, não se sabe qual o teor do *processo*, e nem mesmo quais os limites do poder de acusá-lo, persegui-lo.

¹ KAFKA, Franz. *O Processo*. 8ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p.15.

O processo no qual Josef K. se vê envolvido, entranhado, e ao mesmo tempo alheio, possibilita se pensar em definir o direito por aquilo que ele não deve ser, pela sua negatividade. Ao mesmo tempo nos leva a desejar fortemente que o direito não seja obscuro, nem esse imenso teatro sem sentido. O mínimo que se espera é pensar o *processo* (meio de realização e aplicação do direito) justamente, como algo que deve se afastar por completo desse retrato kafkiano, no qual aporta se em um limite formal de negatividade que bloqueia e impede o mais singelo e fundamental dos acessos, o *acesso à justiça*.

No presente trabalho se busca questionar a estrutura aparentemente neutra e lógica da atuação do Poder Judiciário na aplicação do direito, sendo instrumento fundamental os aportes teóricos do pensador francês Michel FOUCAULT. Ainda que se diga que o direito apresenta-se acima dos valores ou das intencionalidades, não se consegue mais explicar a aplicação do direito somente pela sua ótica interna, técnica. Insta se analisar seus elementos externos, ou mesmo entender as razões discursivas do direito produzidas por um discurso arraigado de poder, produtor de verdades interditadas.

Por evidente que a realidade histórica atual clama por nova abordagem teórica que dê conta ou ao menos lance novas perspectivas sobre o direito aplicado. O direito se assoma carregado de intencionalidades discursivas, resultado direto da atuação do poder disciplinar, e das estratégias biopolíticas de controle populacional, voltadas para o afastamento do indivíduo da busca democrática pelo justo.

As interdições discursivas incidem decisivamente sobre os sujeitos participantes da aplicação do direito, perpassando-os indistintamente a fim de consolidar um modelo formal-legalista, o qual mantém a lei como instrumento fundamental do direito. Ainda que esse modelo soberano seja o vigente e esteja fincado na tradição jurídica ocidental, se assoma fundamental questionar-se os limites dessa legalidade. Especialmente quanto aos recortes individualizantes operados pelo poder por condutas disciplinadas, normalizadas.

Exatamente por isso o presente trabalho objetiva readequar e contribuir para o diálogo real e efetivo entre direito e norma (em sentido foucaultiano), apontando as

formas como o poder e o discurso incidem sobre o direito, produzindo estraneidades, ou mesmo demonstrando as limitações desse regime discursivo da verdade sobre a propalada plenitude do direito e do justo. O objetivo é justamente suspender o direito para poder se atingir a discursividade e as relações de poder que o atravessam, descortinando-as a fim de melhor entender essa realidade.

Em um paralelo com a obra de KAFKA extrai-se que ao mesmo tempo em que direito se apresenta suficientemente legitimado a ser o conjunto de regras vigentes em um corpo social, e passível de total e absoluta observância por todos, esse mesmo direito se assoma evidentemente limitado para atingir essas finalidades. Em especial porque as condições discursivas e o poder que o atravessa produzem marcas indeléveis, as quais constituem o direito de um modo diverso ao tradicionalmente ventilado pela ciência jurídica. Não que o direito seja disciplinar em sua plenitude, mas o que ocorre é a interpenetração de elementos de poder difusos para além da soberania. As influências, interdições, produzidas pela norma (não jurídica), pelo discurso, e por outros instrumentos do poder disciplinar, tornam impossível manter-se a proeminência da lei por seus próprios fundamentos, pois notoriamente, atuam desviando a pura e simples aplicação da lei. Ou melhor, atuam de modo discrepante ao receituário legal-formalista.

Ignorar esses aspectos invisíveis (para o direito tradicional) mantém a mesma angústia de Josef K., o qual olhava para a lei (que lei?) mas ignorava seus condicionantes ocultos, porém reais, concretos, produtores de novas discursividades antes não previstas ou mesmo pensadas pelo direito e seus destinatários, os indivíduos, os jurisdicionados.

Para se tentar alcançar tal tarefa, e demonstrar esses liames concretos, a primeira parte do trabalho apresenta as teorizações de Michel FOUCAULT acerca do poder, iniciando-se com a idéia de *norma*, base para sua divisão clássica entre *soberania* e *disciplina*. De posse dessa divisão é possível situar o direito em sua obra, bem como as mediações que existem entre essa duas manifestações do poder.

Na parte seguinte adentra-se em uma perspectiva analítica da realidade social também legada por FOUCAULT, o qual esquadrinha o funcionamento da sociedade a

partir dos diferentes mecanismos de poder que perpassam a cotidianidade, bem como as técnicas de implantação do *governo*, e do biopoder, o poder máximo sobre a existência controlando a vida e a morte.

A terceira parte inicia o tratamento do *jurídico*. Busca perquirir, a partir do estatualismo, os limites de legalidade, idealização da *lei*, como central para o direito. Assomando-se necessária a análise não apenas da *lei*, mas do poder que opera cotidianamente por dentro do direito e da mesma *lei*.

A preocupação da quarta parte do presente trabalho é abordar como o direito é aplicado. Aqui se inicia o tratamento direto do tema *Acesso à Justiça* abordado jurídica e sociologicamente, tendo por principal escopo a apresentação concreta das formas de aplicação do direito cotejadas com já conhecidos fatores de parcialização e limitação do pleno socorro aos órgãos judicantes. Tudo isso sem perder de vista o referencial teórico de FOUCAULT, indicando algumas evidentes ou menos ocultas influências discursivas do poder.

Ao final, quinta parte, tenta-se extrair medições válidas entre os limites jurídicos e sociais existentes para o *acesso à justiça* e a análise do poder em funcionamento dentro da sociedade. Almeja-se apresentar como as teorizações de FOUCAULT podem servir de ferramentas para análise rica do direito, apontando em direções ignoradas ou obscuras.

Assim, as quatro primeiras partes servem de embasamento e percurso necessário para se atingir, ao final, o ponto central do presente trabalho: as mediações entre direito e poder sob a ótica foucaultiana. Por oportuno, deve-se ressaltar que para essa opção metodológica e esse percurso investigativo serem possíveis, muitas vezes faz-se apropriações do pensamento do autor francês e um uso mais amplo daquele originalmente realizada, inserindo-se categorias para análise do direito de um modo que o próprio autor não teve a oportunidade de realizar.

Portanto, o objetivo deste estudo é forçar essas categorias ao limite, no intuito de produzir importante diagnóstico das limitações postas para a aplicação do direito, cuja extensão não se apresenta na teoria tradicional do direito. Trata-se, por excelência, de um percurso de pesquisa arriscado, mas que pelas premissas teóricas

robustas e ricas em possibilidades, apresentam mediações no mínimo interessantes. Contribuindo também para demonstrar e reforçar a necessidade de se manter o questionamento do direito em níveis distintos ao poder estatal (soberano), aportando-se no poder que circula através dos sujeitos e através das instituições, ou mesmo se apresenta nas inter-relações entre soberania e disciplina.

2 PODER

Uma das mais importantes preocupações de Michel FOUCAULT refere-se às formas concretas de manifestação do poder. Precipuamente as limitações produzidas no regime de saber, nas verdades produzidas pelo conhecimento, as quais se ligam diretamente a formas de controle e de doutrinação de corpos, domesticados em prol de condutas desejáveis e esperados pelo corpo social. A partir de exemplos históricos perquire e esmiúça as engrenagens montadas e colocadas em funcionamento pelos detentores de determinada posição de mando. Ainda que exista farto material de registro do pensamento desenvolvido por ele, suas obras efetivamente publicadas como livro trazem referências a nichos localizáveis de atuação do poder², sem tentar realizar generalizações e abstrações absolutizantes.

Assim, a partir dessas experiências teóricas extrai conseqüências e conclusões verificáveis e presentes recorrentemente no cotidiano da Sociedade. Trata-se de pesquisas desenvolvidas a partir dos objetos com métodos pontuais e adaptados concretamente, evitando-se o estabelecimento de um manual de trabalho ou de um receituário metodológico³. Como o próprio autor apresenta:

Há efeitos de verdade que uma sociedade como a sociedade ocidental, e hoje se pode dizer a sociedade mundial, produz a cada instante. Produz-se verdade. Essas produções de verdade não podem ser dissociadas do poder e dos mecanismos de poder, ao mesmo tempo porque esses mecanismos de poder tornam possíveis, induzem essas produções de verdade, e porque essas produções de verdade têm, elas próprias, efeitos de poder que nos unem, nos atam. São essas relações verdade/poder, saber/poder que me preocupam. Então, essas camadas de objeto, ou melhor, essa camada de relações é difícil de apreender; e como não há teorias gerais para apreendê-las, eu sou, se quiserem, um empirista cego, que dizer, estou na pior das situações. Não tenho teoria geral e tampouco tenho um instrumento certo. Eu tateio, fabrico, como posso,

² Grande parte do seu pensamento publicado postumamente refere-se aos cursos por ele ministrados anualmente no *College de France*, e a entrevistas e textos isolados desenvolvidos (em especial na Coleção “Ditos e Escritos”, na obra “Microfísica do Poder” e “A Verdade e as formas Jurídicas”).

³ Com o que concorda Roberto MACHADO, o qual afirma, em relação à pesquisa arqueológica de FOUCAULT: “Se pode ser considerada um método, a arqueologia caracteriza-se pela variação constante de seus princípios, pela permanente redefinição de seus objetivos, pela mudança no sistema de argumentação que a legitima ou justifica.” (Foucault: a ciência e o saber. 3ª edição revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2006. p.51).

instrumento que são um pouquinho determinados pelos instrumentos, bons ou maus, fabricados por mim.⁴

O objeto da investigação foucaultiana é justamente esse “inter-relacionamento” entre o poder e a constituição de sujeitos aptos a seguir os preceitos de uma sociedade a qual regula comportamentos esperando por uma homogeneização quase absoluta⁵. E, na constituição de sujeitos, o regime de verdades e o saber são características dessa coletividade, e atuam de modo a consolidar a constituição dos sujeitos. As relações de poder e saber vetorizadas no sujeito, e na sua fabricação.

2.1 Poder e Norma

Um instrumento de trabalho criado por Foucault, para analisar a circulação social do poder e das manifestações de mando, é a *norma*, a qual teria surgido da transição ocorrida nas monarquias do século XVIII, em especial quando esta passa a assumir funções administrativas, dentre as quais o controle de medidas de saúde pública (controle de pestes, exclusão dos anormais). A utilização da norma integra as tecnologias positivas do poder que vão se integrando ao aparelho de Estado, “passou-se de uma tecnologia do poder que expulsa, que exclui, que bane, que marginaliza, que reprime, a um poder que é enfim um poder positivo, um poder que fabrica, um poder que observa, um poder que sabe e um poder que se multiplica a partir de seus próprios efeitos”⁶. A “arte de governar” avança, desenvolve-se em prol do exercício pleno e positivo⁷ do poder. Primeira ressalva a ser feita em relação à norma trabalhada por Foucault é sua absoluta dissociação em relação ao conceito jurídico de norma, tão cara

⁴ FOUCAULT, Michel. Ditos & Escritos (vol. IV): *Estratégia, Poder-Saber*. (org. Manoel Barros da Motta). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.229.

⁵ Afinal isso importaria em reduzir a esfera de atuação do sujeito, sua liberdade, de modo totalmente contrário a capacidade do sujeito em realizar espontaneamente suas escolhas.

⁶ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 59-60.

⁷ Inicialmente essa *positividade* refere-se a ser algo criativo, quer por criar uma conduta, quer por criar um comportamento, por exemplo, e não somente em proibir, cercear, bloqueando as ações do sujeito. De outro lado, e em vista de resultados específicos, essa *positividade* também poderá se referir à qualidade dos atos praticados, os quais seriam valorados como bons, corretos.

aos operadores do direito⁸; a segunda é justamente seu caráter positivo ou “não-negativo” da norma, a qual mesmo sendo instrumento de ingerência de um sujeito sobre outro não produz necessariamente um resultado negativo, ou um malefício para o normalizado.

O esclarecimento e os conceitos fundantes da idéia de normalização se referem ao normal, explicado a partir do patológico, enquanto opostos⁹. Tal diferenciação – normal e patológico – é extraída por FOUCAULT da obra de Georges CANGUILHEM *O Normal e o Patológico*, cuja fecundidade de idéias é por aquele abundantemente utilizado:

Nesse texto, que trata da norma e da normalização, temos um certo lote de idéias que me parecem histórica e metodologicamente fecundas. De um lado, a referência a um processo geral de normalização social, política e técnica, que vemos se desenvolver no século XVIII e que manifesta seus efeitos no domínio da educação, com suas escolas normais; e também no domínio da produção industrial. E poderíamos sem dúvida acrescentar: no domínio do exército. Portanto, o processo geral de normalização, no curso do século XVIII, multiplicação dos seus efeitos de normalização quanto à infância, ao exército, à produção, etc. Vocês também vão encontrar, sempre no texto a que me refiro, a idéia, que acho importante, de que a norma não se define absolutamente como uma lei natural, mas pelo papel de exigência e de coerção que ela é capaz de exercer em relação aos domínios a que se aplica. Por conseguinte, a norma é portadora de uma pretensão ao poder. A norma não é simplesmente em princípio, não é nem mesmo um princípio de inteligibilidade; é um elemento a partir do qual certo exercício de poder se acha fundado e legitimado. Conceito polêmico – diz Canguilhem. Talvez pudéssemos dizer político. Em todo caso – e é a terceira idéia que acho ser importante a norma traz consigo ao mesmo tempo um princípio de qualificação e um princípio de correção. A norma não tem por função excluir, rejeitar. Ao contrário, ela está sempre ligada a uma técnica positiva de intervenção e de transformação, a uma espécie de poder normativo.¹⁰

⁸ O direito gira em torno da existência de um conjunto de *regras* as quais regulam a sociedade. Quando o Estado utiliza seu principal instrumento para estabelecê-las legisla, criando *leis*, as quais trazem uma série de comportamentos a serem respeitados. “As normas jurídicas são normas de comportamento ou de organização que emanam do Estado por ele têm sua aplicação garantida. (...) Sua existência prende-se à necessidade de se estabelecer uma ordem que permita a vida em sociedade, evitando-se ou solucionando conflitos, garantindo a segurança nas relações sociais e jurídicas, promovendo a justiça, a segurança, o bem comum, com o que também garante a realização da liberdade, da igualdade da paz social, os chamados valores fundamentais e consecutivos da axiologia jurídica”. (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.62). E essa espécie da *norma* (jurídica) não tem a mesma significação da *norma* inteligida por FOUCAULT, exatamente porque se funda na soberania do Estado.

⁹ Marcio Alves da FONSECA assim indica o caráter específico dessa dicotomia: “... a norma se especifica na forma de bipolaridade do normal e do patológico, como princípio de separação de objetos e sujeitos no interior desses saberes.” (*Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 59).

¹⁰ FONSECA, Márcio Alves. Idem, p.61-62.

São esses conceitos, essas considerações extraídas do pensamento de CANGUILHEM que FOUCAULT se utiliza para realizar pesquisas acerca do poder, e suas manifestações concretas de controle do indivíduo. Importante apontar a última característica do *normal* realçada por FOUCAULT: intervenções e transformações positivas partindo-se de um poder normativo.

Esse poder normativo, por conseguinte, amoldaria os sujeitos e suas condutas para que eles fiquem qualificadamente corrigidos, aptos a permanecer e a integrar plenamente determinado corpo social, vez que autores de condutas coletivamente aceitas. O poder normativo, então, produziria como resultado um indivíduo (sujeito) sem patologias sociais, concretamente plenipotente, apto a viver de acordo com regras sociais vigentes. Trata-se da espécie de punição característica da sociedade disciplinar.

Em suma, a arte de punir, no regime do poder disciplinar, não visa nem a expiação, nem mesmo exatamente a repressão. Põe em funcionamento cinco operações bem distintas: relacionar os atos, os desempenhos, os comportamentos singulares a um conjunto, que é ao mesmo tempo campo de comparação, espaço de diferenciação e princípio de uma regra a seguir. Diferenciar os indivíduos em relação uns aos outros e em função dessa regra de conjunto – que se deve fazer funcionar como base mínima, com media a respeitar ou como o ótimo de que se deve chegar perto. Medir em termos quantitativos e hierarquizar em termos de valor as capacidades, o nível, a “natureza” dos indivíduos. Fazer funcionar, através dessa medida “valorizadora”, a coação de uma conformidade a realizar. Enfim traçar o limite que definirá a diferença em relação a todas as diferenças, a fronteira externa do anormal (a “classe vergonhosa” da Escola Militar). A penalidade perpétua que atravessa todos os pontos e controla todos os instantes das instituições disciplinares compara, diferencia, hierarquiza, homogeneiza, exclui. Em uma palavra, ele *normaliza*.¹¹

A sanção recebida pelo sujeito seria sua “adequação” ao conjunto de regras e comportamentos esperados e previstos, valorizados dentro dessa necessidade de homogeneização. Neste sentido fala-se em positividade da norma, a qual não produziria um sofrimento, uma expiação diretamente, mas se voltaria às condutas, aos comportamentos a fim de conformá-los ao padrão desejável pela coletividade.

Ao lado daquela polarização, FOUCAULT também nos mostra que a norma atua dentro do saber, através das relações de conhecimento trabalhadas a partir do discurso. A norma passa a ser mecanismo de Normalização, é a causalidade integrando

¹¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 25ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p.152-153.

a história das idéias para produzir um discurso. Ela, norma, demanda “arquitecturas, dispositivos, toda uma física do poder graças à qual o grupo poderá tornar-se visível para si mesmo, mas também procedimentos, notações, cálculos, toda uma constituição de saber destinada a produzir, em completa positividade, o um a partir do múltiplo.”¹² A norma reduz a complexidade do real produzindo um modelo de sujeito homogêneo dentro de uma coletividade, e para tanto erige uma estrutura de procedimentos hábeis a viabilizar tal objetivo.

A genealogia foucaultiana mostra como se formaram, com apoio de um sistema de coerção, séries de discursos e qual a norma específica para cada discurso, bem como quais foram suas condições de aparição, de crescimento, de variação, exatamente em suporte a esse procedimento de normalização. FOUCAULT supõe que “em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade.”¹³.

Em seu curso *Os Anormais*, FOUCAULT aborda o *exame psiquiátrico* como um dos primeiros mecanismos hábeis a identificar o anormal, classificando-o a fim de esquadriñar as anomalias a serem necessariamente retificadas e adaptadas a um possível convívio com os “normais”.

A Normalização também se estrutura para além da exigência de o indivíduo acatar e observar a conduta socialmente aceita. Radicaliza-se na formação e produção dos conhecimentos, os quais passam a resultar não apenas de uma racionalidade ou cientificidade pura, mas de um poder subjacente direcionador desses resultados, o qual seleciona intencionalmente conclusões e verdades científicas. Esse discurso é um mecanismo social de controle, o qual constrói um conjunto teórico explicativo do funcionamento social partindo de seu menor elemento constitutivo: o sujeito.

Assim, pode-se afirmar que uma das formas de *normalizar* é mediante a atuação do *discurso*, o qual, ao parcializar a verdade, impregnando-a de interdições, omissões,

¹² EWALD, François. *Foucault, a Norma e o Direito*. Lisboa: Vega, 1993, p.88.

¹³ FOUCAULT, M. *A Ordem do Discurso*. 8ª ed. São Paulo: Loyola, 2002, p.8-9.

afastando o espontâneo e o aleatório da formação do conhecimento, possibilita também que as ciências, através dos seus sujeitos operadores dessas regras, receba essa *normalização*, e produza cientistas, técnicos, de acordo com as formações discursivas normalizadas pelo poder. Cumpre, então, analisar-se mais proximamente o *discurso*.

O sujeito é produto da modernidade enquanto resultado da tensão havida entre o empírico e o transcendental¹⁴. A faceta empírica do sujeito transcendentalizado¹⁵ denota os influxos e as limitações incidentes nesse mesmo sujeito. Uma dessas lancetas parte do saber, o qual se torna instância de consolidação e perpetuação do poder, pois para que esse sujeito aja de acordo com aquilo que se espera, constrói-se um conhecimento influenciado pelo poder, um discurso arrogado verdadeiro.

De alguma forma desequilibra-se a relação entre sujeitos, a fim de que a vontade de um deles prevaleça. Massimiliano GUARESCHI indica que “Para que se realize o exercício da ‘ação sobre a ação’, deve existir, na dinâmica relacional, um desequilíbrio, uma assimetria, que coloca uma das polaridades numa posição a partir da qual se torne possível definir e estruturar o campo das possíveis ações dos atores definíveis como subalternos.”¹⁶

Em toda a sociedade, em cada campo específico, estabelece-se um discurso que se pretende dominante. Assim como o discurso científico, o qual propõe um modelo a ser observado, e que importará em todo um conjunto de regras a serem seguidas e observadas para que se possa produzir ciência. Entretanto, conforme nos alerta Michel FOUCAULT, essa produção discursiva é ao mesmo tempo controlada, selecionada, a fim de ser redistribuída através de procedimentos para se afastar a possibilidade de o aleatório ocorrer¹⁷.

É um conjunto de proposições verdadeiras e falsas que são limitadas por apropriações de segredo e de não-permutabilidade difusas e igualmente coercitivas,

¹⁴ FOUCAULT, M. *A palavra e as coisas*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p.439 e ss.

¹⁵ É o que nos apresenta Ricardo Marcelo FONSECA, o quem bem demonstra que o sujeito não pode ser transcendental, deve ser fundado historicamente, sendo somente “inventado” pela *episteme* moderna. A apresentação desse sujeito é condicionada pelo regime de verdade e pelos efeitos de verdade que o discurso de uma *episteme* específica produz. (*Modernidade e Contrato de Trabalho: do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica*, São Paulo: LTr, 2002.).

¹⁶ GUARESCHI, Massimiliano. Do modelo institucional-jurídico à analítica do poder: Michel Foucault. In: *O Poder. História da Filosofia Política Moderna*. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 488.

¹⁷ FOUCAULT, M. *A Ordem do Discurso*, p.08-09.

utilizadas através de um jogo negativo de recorte e de rarefação, tratado como práticas contínuas que não se cruzam e se ignora, um jogo de significações prévias, com a apresentação de um mundo facilmente decifrável.

O discurso, para FOUCAULT, é a constituição de um saber determinado e permeado pelo poder¹⁸, que produz efeitos de verdade a fim de condicionar novos saberes, canalizando a possibilidade de produção do discurso científico a partir das limitações impostas pela vontade de saber e pelo poder, como um jogo estratégico e polêmico, de ação e de reação, de pergunta e resposta, de dominação e esquiva e de luta; saber e poder vão formar um complexo indissociável, impondo ao sujeito uma vontade de saber interessada e direcionada intencionalmente para um resultado já conhecido, a continuidade do saber, essa vontade de verdade é reconduzida “pelo modo como o saber será aplicado em uma sociedade, como é valorizado, distribuído, repartido e de certo modo atribuído”¹⁹.

Para análise original do discurso e suas condições de possibilidade, FOUCAULT apresenta algumas decisões metodológicas ou princípios, orientando sua reflexão para as regularidades e dispersões discursivas nas suas implicações quanto à produção da subjetividade: questionar nossa vontade de verdade (qual o direcionamento dado para a constituição de um saber ou ciência); restituir ao discurso seu caráter de acontecimento (diminuindo ou neutralizando preocupações científicas); suspender a soberania do significante (importando-se mais com o significado e com o conteúdo do conhecimento)²⁰.

O autor francês demonstra, assim, que o discurso não é um texto ingênuo, simplesmente informativo ou descritivo, mas um conjunto estratégico de enunciados, com regularidades, articulando o saber e o poder, atuando na formação de saberes. FONSECA explica que

¹⁸ Novamente Ricardo FONSECA indica que “Foucault adere a uma perspectiva nietzschiana de uma história da diferença, da descontinuidade, onde prevaleçam os jogos de força e as transformações, que se reportam a posições subjetivas possíveis, e nunca a um sujeito (ou cogito) já dado e com uma racionalidade auto-reflexiva”. (*Modernidade e Contrato de Trabalho: do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica*).

¹⁹ FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 77-78.

²⁰ FOUCAULT, M *A Ordem do Discurso*, p.09.

Poder e saber vão formar um complexo indissociável, além de ser correlativos: não haverá um poder sem seu regime de verdade, como não haverá uma verdade sem seu regime de poder. Os discursos sofrem um processo de seleção e de controle; as suas condições de funcionamento impõem aos indivíduos certo número de regras e de exigências; algumas regiões do discurso, com efeito, são proibidas enquanto outras são penetráveis e postas, quase sem restrição a todo sujeito que fala. Há uma vontade de verdade, uma política do discurso, que impõe ao sujeito cognoscente certa posição, certo olhar, certa função, vontade de saber que prescreve o nível técnico no qual devem investir-se os conhecimentos para serem verificáveis e úteis.²¹

É o que o próprio FOUCAULT aduziu em entrevista, ao ressaltar a intrínseca correlação entre a constituição do saber a partir do poder

Há efeitos de verdade que uma sociedade como a sociedade ocidental, e hoje se pode dizer a sociedade mundial, produz a cada instante. Produz-se verdade. Essas produções de verdade não podem ser dissociadas do poder e dos mecanismos de poder, ao mesmo tempo porque esses mecanismos de poder tornam possíveis, induzem essas produções de verdade, e porque essas produções de verdade têm, elas próprias, efeitos de poder que nos unem, nos atam. São essas relações de verdade/poder, saber/poder que me preocupam.²²

O discurso – jogo ambíguo de divulgação e segredo – apresenta e esconde, delimitando ao sujeito o acesso àquilo que interessa, “A doutrina liga o indivíduo a certos tipos de enunciação e lhes proíbe, conseqüentemente, todos os outros (...) A doutrina realiza uma dupla sujeição: dos sujeitos que falam aos discursos e dos discursos do grupo, ao menos virtual, dos indivíduos que falam.”²³

Esse discurso se apresenta dentro da malha social como desdobramento da norma com seus objetivos de assujeitamento dos indivíduos. Mas essa norma é manipulada por diferentes mecanismos de poder, os quais discrepam de acordo com o fundamento de seu funcionamento, quer por uma estrutura formal de poder (soberania), quer por uma estrutura material de incidência corporal e individual das decisões (disciplina).

A norma, regra de incidência individualizada sobre indivíduos, pode assim tanto partir de um ente político organizado, o Estado, quanto de outro indivíduo ou mesmo

²¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. Obra citada, p.92.

²² FOUCAULT, M. Ditos & Escritos (vol. IV): *Estratégia, Poder-Saber*, p.229.

²³ FOUCAULT, M. *A Ordem do Discurso*, p.43.

de uma esfera de poder não estatal. Absolutamente pertinente, portanto, analisar-se ambas as estruturas de poder.

2.2 O Poder Soberano

Em um primeiro momento, a partir da formação dos Estados Nacionais, e com a consolidação desse fundamento de poder, surge uma teoria do poder jurídico-político da soberania, que segundo FOUCAULT, desempenhou quatro papéis, os quais denotam de modo claro a sua funcionalidade, bem como a sua distinção do poder disciplinar anteriormente esboçado: *i)* referiu-se a um poder efetivo, o da monarquia feudal; *ii)* serviu de instrumento para a constituição das grandes monarquias administrativas; *iii)* foi uma arma usada em duplo sentido, para limitar e reforçar o poder real, sendo o grande instrumento da luta política e teórica em relação aos sistemas de poder dos séculos XVI e XVII; *iv)* construiu um modelo alternativo contra as monarquias administrativas, autoritárias ou absolutas, o das democracias parlamentares (este papel desempenhado no momento da Revolução Francesa)²⁴.

No período feudal essa teoria da soberania referia-se a mecânica geral do poder, seu exercício dos níveis mais altos até os mais baixos, ou seja, a relação da soberania recobria a totalidade do corpo social, o poder poderia ser descrito através da relação soberano-súdito; sujeito-sujeito.

Já nos séculos XVII e XVIII inventa-se uma “nova mecânica do poder, que tem procedimentos bem particulares, instrumentos totalmente novos, uma aparelhagem muito diferente e que, acho eu, é absolutamente incompatível com as relações de soberania.”²⁵

Este poder é exercido continuamente através da vigilância e de um sistema minucioso de coerções materiais, diferentemente da descontínua soberania que depende da existência física do soberano, sem recorrer a sistemas de vigilância

²⁴ FOUCAULT, M. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41-42.

²⁵ FOUCAULT, M. *Idem*, p. 42.

contínuos e permanentes. Apóiam-se, também, em uma economia do poder, segundo o qual se deve propiciar simultaneamente o crescimento das forças dominadas e o aumento da força e da eficácia de quem as domina. A soberania se exercia muito mais em relação a terra e seus produtos, apropriando-se dos bens e da riqueza, do que em relação ao trabalho.

Esse novo tipo de poder, que já não é, pois, de modo algum transcritível nos termos de soberania, é, acho eu, uma das grandes invenções da sociedade burguesa. Ele foi um dos instrumentos fundamentais da implantação do capitalismo industrial e do tipo de sociedade que lhe é correlativo. Esse poder não soberano, alheio portanto à forma da soberania, é o poder “disciplinar”.²⁶

Exatamente nesse ponto encontra-se o interesse de FOUCAULT pelo poder soberano: na insuficiência do seu modelo explicativo das relações cotidianas e modernas de poder. Ademais, por vislumbrar a riqueza do modelo anterior – disciplinar – a conceituação do Soberano será em cotejo ao disciplinar. O que não é disciplinar caracteriza o soberano (ainda que exista essa dualidade, consoante se estudará adiante, isso não impossibilita um diálogo de complementaridade entre soberania e disciplina).

Contrariamente ao que se pensava, que a insuficiência do modelo soberano o tornaria obsoleto e ausente de importância, a teoria da soberania manteve-se e até hoje existe como uma ideologia do direito, organizando os diplomas jurídicos inspirados nos códigos napoleônicos de que a Europa se dotou no século XIX. Isso ocorreu por dois motivos:

De um lado, a teoria da soberania foi, no século XVIII e ainda no século XIX, um instrumento crítico permanente contra a monarquia e contra todos os obstáculos que podiam opor-se ao desenvolvimento da sociedade disciplinar. Mas, de outro, essa teoria e a organização de um código jurídico, centrado nela, permitiram sobrepor aos mecanismos da disciplina um sistema de direito que mascarava os procedimentos dela, que apagava o que podia haver de dominação e de técnicas de dominação na disciplina e, enfim, que garantia a cada qual que ele exercia, através da soberania do Estado, seus próprios direitos soberanos. Em outras palavras, os sistemas jurídicos, sejam as teorias, sejam os códigos, permitiram uma democratização da soberania, a implantação

²⁶ FOUCAULT, M. Idem, p. 43.

de um direito público articulado a partir da soberania coletiva, no mesmo momento, na medida em que e porque essa democratização da soberania se encontrava lastrada em profundidade pelos mecanismos da coerção disciplinar. De uma forma mais densa, poderíamos dizer o seguinte: uma vez que as coerções disciplinares deviam ao mesmo tempo exercer-se como mecanismos de dominação a ser escondidas como exercício efetivo do poder, era preciso que fosse apresentada no aparelho jurídico e reativada, concluída, pelos códigos judiciais, a teoria da soberania.²⁷

Analisando essa forma de exercício do poder pelas suas funções, percebe-se ser necessária a localização do poder em algum local – Estado e o direito – o que objetivaria democratizar as relações de poder. As quais estariam ao alcance de todos, ou melhor, as quais o discurso dominante possibilitava pensar-se como passíveis de serem atingidas por todos. Não é suficiente, no discurso político moderno, estabelecer-se um poder que não seja tangível, e que não possa ser objeto de disputas políticas e democráticas.

Exatamente o elemento ausente na teoria do poder disciplinar, a qual torna este poder de difícil alcance, pois seu efeito “não é em absoluto consagrar o poder de alguém, concentrar o poder num indivíduo visível e nomeado, mas produzir efeitos apenas em seu alvo, no corpo e na pessoa do rei descorado, que deve ter se tornado ‘dócil e submisso’ por esse novo poder.”²⁸ Ora, como alcançar esse poder que não integra o discurso político moderno, e que se assoma cotidianamente em relações aparentemente ínfimas e sem significação?

2.3 O Poder disciplinar

Durante a época clássica, especialmente na passagem do século XVII para o século XVIII, o corpo passa a ser encarado e tratado como alvo de poder, o corpo

²⁷ FOUCAULT, M. Idem, p.44.

²⁸ Foucault está se referindo ao monarca inglês Jorge III, o qual é isolado em virtude de problemas mentais, situação esta que para o autor francês representa a passagem ou a superação do poder soberano pelo poder disciplinar. Algo elementar nas mediações entre esses poderes, na medida em que sujeita o poder visível (soberano) ao invisível (disciplinar). (*O Poder psiquiátrico*, p. 28).

passa a ser manipulado, treinado para obedecer²⁹. É o homem-máquina nas palavras de FOUCAULT, construído tanto com a racionalidade instalada por DESCARTES quanto por um registro “técnico-político, constituído por um conjunto de regulamento militares, escolares, hospitalares e por processos empíricos refletivos para controlar ou corrigir as operações do corpo”³⁰. Pode-se afirmar que essas instituições modernas – corpo militar rigidamente estruturado, escolas, instituições hospitalares – são percebidas como locais para o exercício de uma disciplina a fim de produzir sujeitos cujos corpos ficam confinados, limitados, obrigados. Práticas de resultado, como a busca pela cura ou pelo conhecimento, são utilizadas para adequar em definitivo os sujeitos, sem que possam discrepar de um homogêneo padrão de comportamento, para o qual se coadunem coletivamente.

Antes de esmiuçar essas teorizações acerca da Sociedade Disciplinar, FOUCAULT analisa, conforme visto no tópico anterior, o poder sob a perspectiva da soberania, partindo do princípio geral das relações entre direito e poder o que, nas sociedades ocidentais desde a Idade Média, aporta na elaboração do pensamento jurídico essencialmente em torno do poder régio, a seu pedido, em seu proveito, para servir-lhe de instrumento de justificação que se elaborou o edifício jurídico de nossas sociedades.

Para isso estuda o renascimento do Direito Romano no século XII, o qual objetivou reestruturar a unidade do edifício jurídico existente durante o Império Romano, sendo um dos instrumentos técnicos e constitutivos do poder monárquico autoritário, administrativo e absolutista.³¹ Tanto é que, nos séculos subseqüentes, busca-se limitar esse poder e seus privilégios. O personagem central do edifício jurídico ocidental é o rei, e da limitação de seu poder e direitos é que se trata na organização geral do sistema jurídico ocidental.

O monarca encarnava de fato o corpo vivo da soberania (adequado a sua soberania). “O papel essencial da teoria do direito, desde Idade Média, é o de fixar a

²⁹ FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir*, p. 117.

³⁰ FOUCAULT, M. *Idem.* p. 117-118.

³¹ A utilização do modelo científico já existente é voltada à defesa de um sistema que é o preferido por aqueles que dele se apropriaram.

legitimidade do poder; o problema maior, central, em torno do qual se organiza toda a teoria do direito é o da soberania. ”³² Afirmando que o problema maior é a soberania implica em dizer que o discurso e a técnica do direito tiveram por função dissolver a dominação dentro do poder para substituir por duas coisas: os direitos legítimos da soberania e a obrigação legal da obediência.

A dominação não é global de um sobre os outros ou de grupos sobre grupos, mas há múltiplas formas que pode se exercer na sociedade, ou seja, ela não ocorre apenas a partir do rei na sua posição principal em relação aos súditos reciprocamente, há múltiplas sujeições que existem e funcionam no interior do corpo social.

Para tanto há cinco precauções de método a se tomar para análise dessa forma de poder oposta a tradicional soberania, tão privilegiada pelo direito. Referidas precauções objetivam justamente caracterizar como esse poder, externo ao Estado, se apresenta e pode ser reconhecido como efetivamente produtor de efeitos, incidindo sobre indivíduos:

Trata-se de apreender, ao contrário, o poder em suas extremidades, em seus últimos lineamentos, onde ele se torna capilar; ou seja: tomar o poder em suas formas e em suas instituições mais regionais, mais locais, sobretudo no ponto em que esse poder, indo além das regras de direito que o organizam e o delimitam, se prolonga, em consequência, mais além dessas regras, investe-se em instituições, consolida-se nas técnicas e fornece instrumentos de intervenção materiais, eventualmente até violentos.³³

Enfim, tentar “apreender o poder sob o aspecto da extremidade cada vez menos jurídica de seu exercício.” ³⁴.

A segunda preocupação metodológica indica que se deve estudar o poder em sua face externa, não perguntar por que alguns querem dominar, o que procuram, e qual é sua estratégia global, mas como funcionam as coisas ao nível do processo de sujeição ou dos processos contínuos e ininterruptos que sujeitam os corpos, dirigem os gestos, regem os comportamentos, etc. Descobrir não como o soberano atua, mas como foram constituídos materialmente os súditos, a partir da multiplicidade dos

³² FOUCAULT, M. *Em defesa da sociedade*, p.31.

³³ FOUCAULT, M. *Idem*, p.31.

³⁴ FOUCAULT, M. *Idem*, p.32.

corpos, das forças, das energias, “estudar os corpos periféricos e múltiplos, esses corpos, pelos efeitos do poder, como súditos”³⁵.

Já a terceira precaução metodológica impõe “não tomar o poder como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo – dominação de um indivíduo sobre os outros, de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras-; ter bem em mente que o poder (...) deve ser analisado como uma coisa que circula, ou melhor, como uma coisa que só funciona em cadeia”³⁶, é exercido em rede, pois os indivíduos estão em posição de exercer e de sofrer sua ação, não é somente alvo da transmissão, mas também centro de transmissão, o poder passa pelo indivíduo. “Jamais ele está localizado aqui ou ali, jamais está entre as mãos de alguns, jamais é apossado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona.”³⁷ O indivíduo não é o outro do poder: é um de seus primeiros efeitos. O indivíduo é efeito do poder e paralelamente o centro de transmissão, “o poder transita pelo indivíduo que ele constituiu.”³⁸

Quanto à quarta precaução, refere-se à inversão da análise, a qual deve partir de baixo, mostrando como os procedimentos de poder se operam, de deslocam, modificam e como são anexados por fenômenos mais generalizantes:

O importante é que não se deve uma espécie de dedução do poder que partiria do centro e que tentaria ver até onde ele se prolonga para baixo, em que medida se reproduz, ele se reconduz até os elementos mais atomísticos da sociedade. Creio que é preciso, ao contrário, que seria preciso – é uma precaução de método a seguir - fazer uma análise ascendente do poder, ou seja, partir dos mecanismos infinitesimais, os quais têm sua própria história, seu próprio trajeto, sua própria técnica e tática, e depois ver como esses mecanismos de poder, que têm, pois, sua solidez e, de certo modo, sua tecnologia própria, foram e ainda são investidos, colonizados, utilizados, inflectidos, transformados, deslocados, estendidos, etc., por mecanismos cada vez mais gerais de dominação global.³⁹

Dessa análise descendente deve-se sempre desconfiar, pois se pode deduzir que são simultaneamente verdadeiras e falsas, seria possível deduzir qualquer coisa do fenômeno geral da dominação da classe burguesa. FOUCAULT faz o inverso,

³⁵ FOUCAULT, M. Idem. p.34.

³⁶ FOUCAULT, M. Idem, p.34-35.

³⁷ FOUCAULT, M. Idem, p.35.

³⁸ FOUCAULT, M. Idem, Ibidem.

³⁹ FOUCAULT, M. Idem, p.36.

examina historicamente, partindo de baixo, como os mecanismos de controle puderam funcionar, “como esses mecanismos de poder, em dado momento, numa conjuntura precisa, e mediante certo número de transformações, começaram a tornarem-se economicamente lucrativos e politicamente úteis” ⁴⁰. Com isso pode-se demonstrar que a burguesia não precisou da exclusão dos loucos, o que não interessava ao sistema, o qual se preocupava mais pela técnica e pelo próprio procedimento de exclusão; é toda essa micro-mecânica do poder que representou um interesse para a burguesia.

Em determinado momento esses mecanismos de exclusão passaram a representar um lucro econômico e uma utilidade política, tornando-se, de repente, naturalmente colonizados e sustentados por mecanismos globais do sistema do estado. “A burguesia não se interessa pelos loucos, mas pelo poder que incide sobre os loucos.” ⁴¹

A quinta precaução metodológica volta-se para a possibilidade de as grandes máquinas de poder terem sido acompanhadas de produções ideológicas. Apesar de existirem ideologias que as acompanharam, houve muito mais.

Houve sem dúvida, por exemplo, uma ideologia da educação, uma ideologia do poder monárquico, uma ideologia da democracia parlamentar, etc. Mas, na base, no ponto em que terminam as redes de poder, o que se forma, não acho que sejam ideologias. É muito menos e, acho eu, muito mais. São instrumentos efetivos de formação e de acúmulo de saber, são métodos de observação, técnicas de registro, procedimentos de investigação e de pesquisa, são aparelhos de verificação. Isto quer dizer que o poder, quando se exerce em seus mecanismos finos, não pode fazê-lo sem a formação, a organização e sem pôr em circulação um saber, ou melhor, aparelhos de saber que não são acompanhamentos ou edifícios ideológicos. ⁴²

Após percorrer esse caminho das precauções metodológicas estabelecidas para o tratamento dessa espécie de poder disciplinar, FOUCAULT deparou-se com um fato histórico que é a “teoria jurídico-político da soberania”. Quer dizer, ainda que descortinada uma nova forma de abordar as relações de poder, instrumentalizada e viabilizada por essas cinco precauções de método, se assomava de importante

⁴⁰ FOUCAULT, M. Idem, p.38.

⁴¹ FOUCAULT, M. Idem, p.39.

⁴² FOUCAULT, M. Idem, p.40.

influência a teoria do poder soberano, arraigada através do instituto jurídico-político da *soberania*. Percebeu, ainda, que essa teoria posicionava-se de modo importante dentro do pensamento moderno, em especial porque fundamentava toda a tradição ocidental de poder, a qual era reconhecida como derivada do Estado enquanto emanção da soberania.

O grande problema era evitar a questão da soberania e da obediência (central para o direito) dos indivíduos que lhe são submetidos e fazer aparecer em seu lugar o problema da dominação e da sujeição. Sendo essa mesma disciplina algo externo ao poder soberano, o qual é fundado nas relações jurídicas de poder, sua base de legitimidade e seu objeto discrepam

Não é a teoria que é diferente, mas o objeto, o ponto de vista. Em geral, a teoria do poder fala disso em termos de direito, e formula a questão de sua legitimidade, de seu limite e de sua origem. Minha pesquisa incide sobre as técnicas do poder, sobre a tecnologia do poder. Ela consiste em estudar como o poder domina e se faz obedecer. A partir dos séculos XVII e XVIII, essa tecnologia se desenvolveu enormemente; todavia, nenhuma pesquisa foi realizada.⁴³

FOUCAULT, portanto, não investiga ou identifica um novo poder, modifica somente o ponto de vista em relação ao objeto, analisando e identificando técnicas do poder distintas daquelas tradicionalmente esmiuçadas (baseadas no direito). Esse novo olhar encontrará detalhes e conformações imperceptíveis para o analista habituado a legitimar a dominação a partir de um conjunto de regras jurídicas.

2.4 Mediações entre o Poder Disciplinar e o Poder Soberano

Nas sociedades modernas a partir do século XIX erige-se, portanto, um direito público articulado em torno do princípio do corpo social e da delegação do poder e, de outro, assoma-se um sistema minucioso de coerções disciplinares que garantem a adequação desse mesmo corpo social. Logo o exercício do poder se dá dentro do limite

⁴³ FOUCAULT, M. Ditos & Escritos (vol. IV): *Estratégia, Poder-Saber*, p. 267.

de um direito de soberania e de um mecanismo de disciplina. O discurso da disciplina é diferente do discurso da lei, da regra, do direito, definindo um código que é o da normalização, e o seu domínio teórico será o das ciências humanas, e sua jurisprudência será a de um saber clínico⁴⁴.

O que principalmente possibilitou esse discurso das ciências humanas foi a justaposição de dois tipos de discursos absolutamente heterogêneos, o da organização do direito em torno da soberania e o das coerções exercidas pelas disciplinas. “O poder se exerce, nas sociedades modernas, através, a partir do e no próprio jogo dessa heterogeneidade entre um direito publico da soberania e uma mecânica polimorfa da disciplina.”⁴⁵. Em nossos dias o poder se exerce simultaneamente através desse direito e dessas técnicas, as quais, juntamente com discursos criados pelas disciplinas, invadem o direito, sendo os procedimentos de normalização cada vez mais colonizadores da lei.

O próprio FOUCAULT apresenta a intrínseca e quase necessária relação entre os diferentes poderes, “De fato, soberania e disciplina, legislação, direito da soberania e mecânica disciplinares são duas peças absolutamente constitutivas dos mecanismos gerais de poder em nossa sociedade.”⁴⁶

Logo, ainda que justapostos e coexistentes não há como aduzir ser um – poder soberano – excludente e antagônico ao outro – poder disciplinar. São elementos presentes simultaneamente em níveis distintos, forjados no cotidiano de acordo com cada situação concreta.

Nos interstícios do direito, no cotidiano do poder legalizado, há suficiente espaço para atuação desse outro tipo de poder, geralmente de modo imperceptível, mas produzindo importantes resultados para aqueles que o detêm. Convivem – disciplina e soberania:

Não se trata, por conseguinte, da queda de um poder soberano sob outro poder soberano, mas da passagem de um poder soberano, que foi decapitado pela loucura

⁴⁴ FOUCAULT, M. *Em Defesa da Sociedade*, p.45.

⁴⁵ FOUCAULT, M. *Idem*, p.45.

⁴⁶ FOUCAULT, M. *Idem*, p.47.

que se apossou da cabeça do rei e foi descoroado por essa espécie de cerimônia que indica ao rei que ele não é mais soberano, para outro poder. Pois bem, no lugar desse poder decapitado e descoroado se instala um poder anônimo múltiplo, pálido, sem cor, que é no fundo o poder que chamarei da disciplina. Um poder do tipo soberania é substituído por um poder que poderíamos dizer de disciplina, e cujo efeito apenas não é em absoluto consagrar o poder de alguém, concentrar o poder num indivíduo visível e nomeado, mas produzir efeito apenas em seu alvo, no corpo e na pessoa do rei descoroado, que deve ser tornado “dócil e submisso” por esse novo poder.

Enquanto o poder soberano se manifesta essencialmente pelos símbolos da força fulgurante do indivíduo que o detém, o poder disciplinar é um poder discreto, repartido; é um poder que funciona em rede e cuja visibilidade encontra-se tão somente na docilidade e na submissão daqueles sobre quem, em silêncio, ele se exerce. E é isso, creio, o essencial dessa cena: o enfrentamento, a submissão, a articulação de um poder soberano a um poder disciplinar.⁴⁷

O objetivo desse poder disciplinar é o resultado produzido sob o corpo disciplinado, não se atendo ao detentor do poder, cuja figuração é relativizada pela busca de amoldar e sujeitar indivíduos. Ao contrário, o Poder Soberano calca-se no formalismo e na legitimidade do seu exercício pelo Soberano (Estado). Neste momento as relações de poder tornam-se juridicamente aptas a operarem – quando atos de dominação recebem a rubrica “legal”-, e passam a portar, principalmente, validade formal, o que afasta irresignações ou possibilidade de contestação.

Evidencia-se, por conseguinte, que por atuarem em níveis distintos portam condições de coexistência e inter-relacionamento. É perfeitamente possível analisar-se ou vislumbrar-se o poder disciplinar por detrás de decisões que posteriormente se legalizam. Danièle LOSCHAK afirma:

Essa oposição que Foucault nos apresenta como dicotômica não impede que os dois modos de exercício do poder possam se revelar complementares no que concerne às funções que eles exercem. Como observa o próprio Foucault em *Vigiar e punir*, a ascensão da burguesia, no século XVII, se deu sob a proteção de um quadro jurídico formalmente igualitário; porém simultaneamente se desenvolveram e generalizaram dispositivos disciplinares, estes “sistemas de micro-poder essencialmente desiguais e assimétricos” que finalmente constituíram “o subsolo das liberdades formais e jurídicas”⁴⁸.

⁴⁷ FOUCAULT, M. *O Poder Psiquiátrico*, p.28.

⁴⁸ A questão do direito. In. *Michel Foucault – O Dossier/Últimas entrevistas*. Org. ESCOBAR, Carlos Henrique. Rio de Janeiro: Livraria Taurus Editora, 1984, p.123.

FOUCAULT não somente aceita esse inter-relacionamento como o qualifica quase como necessário e constituinte da própria estrutura social (ao menos da realidade moderna). O soberano (o direito) de um lado estabelece premissas para proteção dos indivíduos (como a igualdade jurídica, por exemplo), mas de outro, concretamente, a disciplina desigual-os. Mesmo que de modo omissivo, ou seja, se abstendo de tentar re-equilibrar essa relação, o direito atua harmonicamente com o poder disciplinar.

Ressalve-se, entretanto, que essa ilação não está absolutamente clara ou evidente nos escritos de FOUCAULT. Por não se preocupar em estudar o poder soberano e o direito, pouquíssimo material do autor revela esse diálogo, e somente uma análise mais próxima e acurada possibilita o desnudamento dessa inter-relação quase necessária.

A conclusão pelo diálogo entre direito e norma, ou se o direito pode utilizar-se do poder da normalização, apresenta-se na medida em que eles têm uma relação de reciprocidade. FOUCAULT assim esclarece: “em nossos dias o poder se exerce simultaneamente através deste direito e destas técnicas; que estas técnicas e estes discursos criados pelas disciplinas invadam o direito; que os procedimentos de normalização colonizem cada vez mais os da lei; tudo isso pode explicar o funcionamento global daquilo que gostaria de chamar sociedade de normalização”⁴⁹.

Fica clara, assim, a implicação e a possibilidade de o direito utilizar a norma (não jurídica). Ricardo Marcelo FONSECA, a partir da análise de textos do autor, exemplifica atuações dessa natureza, as quais ocorrem quando, por exemplo, o poder político estatal apropria-se de práticas disciplinares que lhe podem ser benéficas (nas questões da repressão à sexualidade infantil, exclusão da loucura, no aparecimento das prisões). A prisão demonstra a preocupação com o controle, vez que passa a ser práticas institucionalizadas de punição de ilícitos. Disciplina e direito praticamente se fundem⁵⁰. FONSECA, então, conclui e aponta as potencialidades do direito através do uso da norma:

⁴⁹ FOUCAULT, M. *Microfísica do Poder*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000, p.190.

⁵⁰ FONSECA, R. M. *Obra Citada*, p. 124.

O campo de análise aberto por Michel Foucault pode trazer uma nova dimensão à questão do poder que seja candente aos juristas: o poder da norma veiculado pelo (ou implicado no) poder do direito. Efetivamente, a lei pode trazer uma dimensão de controle, de sujeição, do exame e de dominação (não no sentido legal) que as usuais análises jurídicas costumam ignorar. De outra parte, ainda que esse poder não incida diretamente sobre o indivíduo e o sujeito, este flanco de análise pode notar eventualmente como a necessidade de normalização presente em determinada sociedade pode ensejar e pressionar a produção de um direito que busque nada além do controle dos corpos ou das populações, o seu enquadramento num padrão geral (que é o padrão da norma), e ao mesmo tempo em que isola e pune pelos seus mecanismos próprios as formas de desvio.⁵¹

Desta feita, o presente trabalho acata tal premissa, o do diálogo e inter-relação entre direito (poder soberano) e norma (disciplina), e busca forçar tal implicação até o seu limite, quando se poderá produzir e pensar um direito muito além do seu formalismo e das suas condições de legitimidade.

⁵¹ FONSECA, R. M. Idem, p.128.

3 SOCIEDADES DE NORMALIZAÇÃO

3.1 Sociedade Disciplinar

Historicamente, percebe-se que o poder soberano encontra respaldo no incipiente regime capitalista, na solidificação da ascensão da classe burguesa e de seu quadro jurídico-político; “o processo pelo qual a burguesia se tornou no decorrer do século XVIII a classe politicamente dominante, abrigou-se atrás da instalação de um quadro jurídico explícito, codificado, formalmente igualitário, e através de um regime de tipo parlamentar e representativo.”⁵² Essa era a forma visível e escancarada da atuação do poder. Não obstante, no nível microscópico, outro poder igualmente incidia e influía de modo obscuro no processo de consolidação do capitalismo, servindo como sua base estrutural. “A forma jurídica geral que garantia um sistema de direitos em princípio igualitários era sustentada por esses mecanismos miúdos, cotidianos, físicos, por todos esses sistemas de micropoder essencialmente igualitários e assimétricos que constituem as disciplinas.”⁵³

Os corpos docilizados e “fantoquizados” são o combustível para que a atividade produtiva do capital possa atingir níveis elevados de resultado, em franca e evidente entronização com o capitalismo.

Se a decolagem econômica do Ocidente começou com os processos que permitiram a acumulação do capital, pode-se dizer, talvez, que os métodos para gerir a acumulação dos homens permitiram uma decolagem política em relação a formas de poder tradicionais, rituais, dispendiosas, violentas e que, logo caídas em desuso, foram substituídas por uma tecnologia minuciosa e calculada da sujeição. Na verdade os dois processos, acumulação de homens e acumulação de capital, não podem ser separados; não teria sido possível resolver o problema da acumulação de homens sem o crescimento de um aparelho de produção capaz ao mesmo tempo de mantê-los e de utilizá-los; inversamente, as técnicas que tornam útil a multiplicidade cumulativa de homens aceleram o movimento de acumulação de capital. A um nível geral, as mutações tecnológicas do aparelho de produção, a divisão do trabalho, e a elaboração das maneiras de proceder disciplinares mantiveram um conjunto de relações muito próximas. Cada uma das duas tornou possível a outra, e necessária; cada uma das duas serviu de modelo para a outra. A pirâmide disciplinar constituiu a pequena célula de

⁵² FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir*, p.182.

⁵³ FOUCAULT, M. *Idem*, p.183.

poder no interior da qual a separação, a coordenação e o controle das tarefas foram impostos e tornaram-se eficazes; e o quadriculamento analítico do tempo, dos gestos, das forças dos corpos, constituiu um esquema operatório que pôde facilmente ser transferido dos grupos a submeter para os mecanismos de poder. (...) O crescimento de uma economia capitalista fez apelo à modalidade específica do poder disciplinar, cujas fórmulas gerais, cujos processos de submissão das forças e dos corpos, cuja “anatomia política”, em uma palavra, podem ser postos em funcionamento através de regimes políticos, de aparelhos e de instituições muito diversas.⁵⁴

O controle sobre os corpos interessava ao modelo capitalista pela sua capacidade de mando e de assujeitamento dos trabalhadores, engrenagem fundamental na lógica desse sistema, eminentemente dependente da produção. O que, por conseguinte, incentivou uma ampla e irrestrita rede de poder disciplinar sobre os trabalhadores quer no nível da fábrica (momento produtivo por excelência), quer na esfera de suas vidas pessoais com repercussões na qualidade e quantidade das forças produtiva⁵⁵. Com essas condições, e essencialmente a partir da regra mínima de condutas – a norma – se estabelecem características perenes dentro da sociedade, as quais acabam por solidificar aquelas relações invisíveis ou microscópicas de poder.

Consoante afirmado insistentemente, o poder disciplinar, atuante sobre os corpos, se preocupa com a menor partícula social: o sujeito. É ele o objeto da norma, é ele o objeto de amoldamento, é sobre ele que incide e circula o poder. Para instrumentalizar a aplicação da norma existem técnicas específicas. O que era natural no momento histórico sobre o qual se debruçou FOUCAULT, cuja população se apresentava de pequena monta, e cujo aparelho estatal ainda não se encontrava apto a realizar políticas públicas de envergadura⁵⁶ as quais pudessem atingir parcela significativa da população.

Evidencia-se, nessa diferenciação entre *Soberania* e *Disciplina*, a preocupação daquela com questão formal da legitimidade dada a partir do soberano, sendo que esta não pretende ou não quer se legitimar, ou ter validade formal, mas sim incidir de modo

⁵⁴ FOUCAULT, M. Idem, p.182.

⁵⁵ FOUCAULT nos mostra que o controle disciplinar se assoma em diferentes momentos, como no controle da sexualidade (face sua importância para a reprodução e incremento no número de trabalhadores) e no controle de suas vidas privadas.

⁵⁶ Adiante será melhor explicitada a diferença entre Sociedade Disciplinar e de Segurança, mas já convém adiantar aqui importante característica.

decisivo sobre os corpos, a fim de produzir padrões de conduta e de sujeitos de acordo com a necessidade social eleita pelas instituições postas em funcionamento: hospícios, clínicas, prisões, escolas.

Essas condições de operatividade desse poder microscópico caracterizam uma Sociedade que pode ser adjetivada de Disciplinar. Veja-se que a soberania é deixada de lado, enquanto o foco do poder passa a ser as microrelações incidentes individual e cotidianamente sobre os sujeitos. Especialmente a principal engrenagem do sistema calcado na disciplina: a norma – cuja funcionalidade para modelagem das subjetividades se mostrou de relevância ímpar, vez que incidente sobre o corpo individual.

3.2 Biopoder

Paralelamente, FOUCAULT também se preocupa com o chamado biopoder, quando os corpos, o biológico, também passa a interessar ao político, ao coletivo, e ao Estado enquanto condutor de grandes linhas de atuação e de políticas coletivas que regulam a vida:

essa série de fenômenos que me parecem bastante importante, a saber, o conjunto dos mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais vai poder entrar numa política, numa estratégia política, numa estratégia geral de poder. Em outras palavras, como a sociedade, as sociedades ocidentais modernas, a partir do século XVIII, voltaram a levar em conta o fato biológico fundamental de que o ser humano constitui uma espécie humana. É em linhas gerais o que chamo, o que chamei, para lhe dar um nome, de biopoder.⁵⁷

O foco do poder deixa de estar somente nas relações intersubjetivas pulverizadas no cotidiano. Passa-se a analisar grandes ações voltadas para os corpos, e para a existência biológica do ser humano. Vida e morte são tematizados pelo poder, seu controle torna-se fundamental para a política.

⁵⁷ FOUCAULT, M. *Segurança, Território e População*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 03.

Esse poder sobre a vida data do século XVII, quando se apresenta sob duas formas complementares. A primeira funda-se na idéia de corpo como máquina, “no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos – tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as *disciplinas: anátomo-política do corpo humano*”⁵⁸. O segundo pólo, desenvolvido no século XVIII, objetivava o corpo-espécie, o corpo constituído pela mecânica do ser vivo enquanto suporte de processos biológicos: nascimento, mortalidade, saúde, longevidade, condições que fazem variar, enfim, intervenções e controles reguladores, *uma bio-política da população*⁵⁹.

Analisando-se, então, a forma de constituição do biopoder pode-se melhor entender sua funcionalidade concreta, e sua incidência sobre a vida enquanto processo de negação da morte, e de privilegiamento da continuidade dessa mesma vida, afastando-a dos riscos e perigos oferecidos normalmente, os quais representariam a exposição ao seu término: a morte.

A velha potencia da morte em que se simbolizava o poder soberano é agora, cuidadosamente, recoberta pela administração dos corpos e pela gestão calculista da vida. Desenvolvimento rápido, no decorrer da época clássica, das disciplinas diversas – escolas, colégios, casernas, ateliês; aparecimento, também, no terreno das praticas políticas e observações econômicas, dos problemas de natalidade, longevidade, saúde pública, habitação e migração; explosão, portanto, de técnicas diversas e numerosas para obterem a sujeição dos corpos e o controle das populações. Abre-se, assim, a era de um “bio-poder”.⁶⁰

Cotidianamente cada sujeito e a sua vida biológica – vida, morte, saúde, sexualidade, etc. - passam a integrar o rol de preocupações estatais, sendo objeto de controle e de poder. Uma nova forma de controle e normalização surge e é instrumentalizada pelo Estado. A vida humana como objeto político ingressa na atuação do saber e do poder, nasce o biopoder. É a primeira vez na história da

⁵⁸ FOUCAULT, M. *História da Sexualidade, 1: A vontade de saber*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001, p. 131.

⁵⁹ FOUCAULT, M. Idem, Ibidem.

⁶⁰ FOUCAULT, M. Idem, p. 131/132.

humanidade que o biológico é refletido no político, e que ele se sujeita ao saber e às intervenções do poder.

Como consequência apresenta-se um novo modo de a vida e a história relacionar-se, pois a vida passa a possuir uma posição dupla. A primeira externa à história e de acordo com suas imediações biológicas, a segunda essencialmente vinculada à historicidade humana, permeada por técnicas de saber e de poder.

Outra consequência corresponde ao crescente papel da norma, e sua influência no sistema jurídico da lei.

A lei não pode deixar de ser armada e sua arma por excelência é a morte; aos que a transgridem, ela responde, pelo menos como último recurso, com esta ameaça absoluta. A lei sempre se refere ao gládio. Mas um poder que tem a tarefa de se encarregar da vida terá necessidade de mecanismos contínuos, reguladores e corretivos. Já não se trata de pôr a morte em ação no campo da soberania, mas de distribuir os vivos em um domínio de valor e utilidade. (...) Não quero dizer que a lei se apague ou que as instituições de justiça tendam a desaparecer; mas que a lei funciona cada vez mais como norma, e que a instituição judiciária se integra cada vez mais num contínuo de aparelhos (médicos, administrativos etc.) cujas funções são sobretudo reguladoras⁶¹.

A Lei deixa de ter apenas um caráter jurídico e por função regular as relações sociais de um modo aparentemente racional e isento, para se mostrar como artifício do poder para a condução e implementação de políticas absolutamente vinculadas a interesses biológicos e de outras naturezas os quais possam produzir como resultado o controle sobre a vida dos sujeitos. Os Códigos, as Constituições escritas nada mais são do que modos de tornar aceitável o poder normalizador⁶².

De qualquer forma, não se pode reduzir a tentativa de controle sobre a vida sobre o direito, pois este é apenas um dos diversos construtos elaborados com aquela finalidade. Veja-se que a finalidade maior, a grande preocupação refere-se à vida como objeto de lutas políticas. “O ‘direito à vida, ao corpo, à saúde, à felicidade, à satisfação das necessidades, o ‘direito’, acima de todas as opressões ou ‘alienações’, de encontrar o que se é e tudo o que se pode ser, esse ‘direito’ tão incompreensível para o sistema

⁶¹ FOUCAULT, M. Idem, p. 135.

⁶² FOUCAULT, M. Idem, Ibidem.

jurídico clássico, foi a réplica política a todos esses novos procedimentos de poder que, por sua vez, também não fazem parte do direito tradicional da soberania”⁶³.

Não interessa ao Estado esgotar a fonte principal do seu poder – a população – interessa, estrategicamente, mantê-la em condições adequadas de funcionalidade, com o máximo de produtividade e resultados, tudo isso dentro de prévios padrões comportamentais os quais possam garantir esses mesmos resultados, e prever antecipadamente as conseqüências, “o Estado deve antes de tudo cuidar dos homens como população. Ele exerce seu poder sobre os seres vivos como seres viventes, e sua política é, em conseqüência, necessariamente uma biopolítica”⁶⁴.

Ao mesmo tempo em que o Estado dispõe da vida de modo positivo, ou seja, a protegendo, a privilegiando, a fomentando, negativamente esse mesmo poder conduz a uma onipotência sobre a mesma vida, pois ao não protegê-la somente cabe negá-la, ou mesmo anulá-la. “Sendo a população apenas aquilo de que o Estado cuida, visando, é claro, ao seu próprio benefício, o Estado pode, ao seu bel-prazer, massacrá-la. A tanatopolítica é, portanto, o avesso da biopolítica”⁶⁵. O que demonstra a relevância e a responsabilidade de exercitar esse poder, literalmente, de vida e de morte.

3.3 Sociedade de Segurança

Identificadas por FOUCAULT, as Sociedades de Normalização apresentam-se dentro desse “panorama disciplinar” e de controle vigentes em nossa realidade. Ela é “composta” por diferentes estratégias que vão desde a atuação mínima na esfera do sujeito e dos corpos, até uma generalização para atingir populações como um todo (mesmo sem perder de vista a atuação microscópica). As estratégias disciplinares encontram-se também aplicadas às questões de Estado, nas relações entre segurança, população e governo. Estabelece-se, para dar suporte a essa sociedade, o discurso da

⁶³ FOUCAULT, M. Idem, p.136.

⁶⁴ FOUCAULT, M. *Ditos e Escritos (vol. IV): Ética, sexualidade, política*, p.317.

⁶⁵ FOUCAULT, M. Idem, Ibidem.

razão de Estado, cujo conteúdo é justamente a observância de regras próprias atinentes à condução do público:

Razão de Estado entendida não no sentido pejorativo e negativo que hoje lhe é dado (ligado à infração dos princípios do direito, a equidade ou da humanidade por interesse exclusivo do Estado), mas no sentido positivo e pleno: o Estado se governa segundo as regras racionais que lhe são próprias, que não se deduzem nem das leis naturais ou divinas, nem dos preceitos da sabedoria ou da prudência; o Estado como a natureza, tem sua racionalidade própria, ainda que de outro tipo. Por sua vez, a arte de governo, em vez de fundar-se em regras transcendentais, em um modelo cosmológico ou em um ideal filosófico-moral, deverá encontrar os princípios de sua racionalidade naquilo que constitui a realidade específica do Estado⁶⁶.

O Estado, ente político organizado para a condução de interesses públicos, naturalmente erige uma racionalidade que lhe é própria para a realização de seus objetivos. A questão é a formação de um saber específico condicionado pelo poder e que admite sejam regradadas situações que lhe convém, e que estejam dentro do seu escopo em regular a coletividade em prol do beneficiamento comum. A *razão* é escolhida para esse fim, mas origina-se das mais variadas espécies, traduzindo os mais variados interesses vigentes historicamente em dada sociedade.

De acordo com essas *razões*, estabeleceu o Estado uma série de procedimentos para definição de um saber de governo. Governo, população e economia passam a ser preocupações estatais, o qual assume a condução desses temas. Constituem-se instituições, procedimentos, análise, reflexões, cálculos e táticas para exercício de uma complexa forma de poder, tendo por escopo a população, sendo seu saber a economia política e como instrumento os dispositivos de segurança⁶⁷.

A proeminência dessa forma de poder sobre os demais – soberano, disciplinar – impôs a necessidade de se construir aparelhos específicos de governo e saberes. “Este Estado de governo que tem essencialmente como alvo a população e utiliza a instrumentalização do saber econômico, corresponderia a uma sociedade controlada

⁶⁶ FOUCAULT, M. *Microfísica do Poder*, p.286. Esse mesmo texto que se encontra no livro *Microfísica do Poder*, com o nome *A Governamentalidade*, refere-se à terceira aula, de primeiro de fevereiro de 1978, ministrada por Foucault em seu curso no *College de France* dos anos de 1977 e 1978, o qual recebeu a denominação *Segurança, Território e População*.

⁶⁷ FOUCAULT, M. *Idem*, p.291.

pelos dispositivos de segurança.⁶⁸” Voltou-se, o Estado, para seu funcionamento, para a arte de bem governar. A política surge como esse instrumento de condução e cuidado do público.

FOUCAULT analisa também o surgimento dessa mesma *razão*, apontando o exato momento histórico no qual passa a ser importante ao Estado planejar e fixar seus interesses de governo para a gestão dos seus negócios.

3.4 A arte de Governar e a Governamentalidade

As práticas de poder se modificam após importante alteração no modo de gestão do Estado. A preocupação inicial eminentemente calcada em sua fundamentação jurídica passa a atentar para o fundamento concreto que dá sustentação a esse poder, assim passa-se da questão praticamente essencial da *soberania* para a questão da razão de Estado e das finalidades as quais prioriza o governante para manter o seu poder. Ou seja, ao poder não basta mais sua fundamentação, mas a forma efetiva de seu exercício.

FOUCAULT, então, estuda essa passagem, ou mudança no principal sentido do poder, enfatizando a teoria correlata ao problema do governo. Ele demonstra que somente no século XVI explode esse problema (do governo): primeiro pela preocupação com o governo de si mesmo (as escolhas realizadas pelo sujeito a seu respeito), quer pela volta do estoicismo quer por ser essa a preocupação do catolicismo e do protestantismo; depois com o governo das crianças, a pedagogia; e finalmente com o problema do governo dos Estados pelos príncipes.

Tudo isso ocorre a partir do cruzamento de dois processos: do desfazimento das estruturas feudais, com a organização dos grandes Estados territoriais, administrativos, coloniais; e a partir da reforma e da contra-reforma com a questão de como ser espiritualmente dirigido nesta terra para a salvação. Neste ponto de interseção releva

⁶⁸ FOUCAULT, M. Idem, p.293.

atentar-se para a problemática do governo em geral, de como ser governado, por quem, qual o limite, o fim e os métodos desse poder⁶⁹.

Essa análise remonta a principal obra histórica acerca do governo, *O Príncipe*, de MAQUIAVEL. Esse livro sempre foi elogiado até a derrocada dos textos sobre a arte de governar no início do século XIX. Justamente por isso há uma extensa literatura anti-maquiavel, quer dizer contrária ao *O Príncipe*.

Em um primeiro momento deve-se limitar o que preconiza *O Príncipe*, seus ideais, suas conclusões: o escopo da obra é tratar o príncipe como ente exterior (o princípio é o de que o príncipe é exterior), não faz parte do principado, é a ele ligado por um laço de violência, tratados, por acordo com outros príncipes, portanto não há nada natural, essencial, jurídico entre o príncipe e seu principado, é algo absolutamente sintético; nessa exterioridade reside a fragilidade e o fato de ser ameaçado constantemente. Mas ele é também ameaçado internamente, pois não há razão imediata para que os súditos aceitem o príncipe. Disso se deduz o imperativo: o objetivo do exercício do poder é manter, reforçar e proteger o principado, que não é o conjunto formado pelo território e súditos, mas sim pela relação do príncipe com o que ele possui: o território e os súditos a este submetidos. A arte de governar objetiva, justamente, a proteção desse laço frágil entre o Príncipe e o seu principado⁷⁰.

De outro lado os seus críticos (contrários aos ditames de MAQUIAVEL) mostram que *O Príncipe* não ensina a arte de governar, mas somente uma fórmula e quais as habilidades deve ter o príncipe para conservar seu principado.

Nesse momento é fundamental esclarecer o que é a arte de governar para esses autores qualificados como anti-maquiavélicos, o que para eles deve ser considerado pelo soberano. Especialmente porque nesses outros autores, relativamente obscuros para a teoria da soberania tradicional, se poderá resgatar elementos teóricos importantes para se entender como a arte de governar funciona.

O primeiro autor estudado por FOUCAULT é Guillaume de La PERRIÈRE, o qual define governo como a arte de governo, ação de conduzir pessoa ou coletividade,

⁶⁹ A “governamentalidade”. FOUCAULT, M. Idem, p.282.

⁷⁰ FOUCAULT, M. Idem, p.285.

e governante como qualquer monarca, imperador, príncipe, senhor, magistrado. Essas definições são politicamente importantes, pois diferem daquilo que MAQUIAVEL propala, da posição única do príncipe em seu principado, e de sua localização externa ao seu principado, da sua transcendentalidade. Em La PERRIÈRE o governante (a prática de governo) é múltiplo, pois muitos governam (o pai de família, o pedagogo, o professor), e o príncipe é apenas uma modalidade; ademais, todos esses governos são interiores ao Estado, porque governam no interior de cada local.

A partir do estudo de outros autores (La MOTHE e VAYER), FOUCAULT conclui que o Príncipe, ou melhor, a teoria jurídica do soberano almeja a descontinuidade entre o poder do Príncipe e outras formas de poder; já nas artes de governar busca-se a continuidade ascendente e descendente: ascendente, pois para governar os outros se deve, primeiro, governar a si próprio, subindo gradativamente cada nível (família, bens, propriedade) até alcançar o Estado (essa ascendência é característica das pedagogias do Príncipe da época); descendente vez que sendo o Estado bem governado isso repercutirá nos outros níveis de governo, como na família e nos indivíduos que também se comportarão como devem. Essa linha descendente que repercute é garantida pela “polícia”, enquanto o Príncipe garante a continuidade ascendente. Em ambos o fulcral é o *governo da família*, a ‘economia’⁷¹.

A arte de governo é justamente – como aparece nesses autores – a forma de se introduzir essa economia, essa gestão que os indivíduos devem fazer dos seus bens, riquezas, no interior da gestão de um Estado. Para FOUCAULT a aposta essencial do *governo* é a inserção da economia no interior do exercício político. Problema esse que já aparecia em Jean-Jacques ROUSSEAU (*Économie politique*), o qual se preocupava com o modo com que o sensato governo da família poderia ser introduzido na gestão do Estado. Em suma, “Governar um Estado será, então, lançar mão da economia, uma economia no nível do Estado todo, quer dizer, ter para com os habitantes, as riquezas,

⁷¹ FOUCAULT, M. Idem, p.288.

a conduta de todos e de cada um uma forma de vigilância, de controle, não menos atenta do que a do pai de família para com os familiares e seus bens ⁷²”.

Do livro de La PERRIÈRE FOUCAULT extrai e analisa uma frase, na qual se apresenta um conceito de governo, sempre tendo em conta a oposição aos termos do governo proposto por MAQUIAVEL: “Governo é a íntegra disposição das coisas, das quais se toma o encargo de conduzi-las até um fim conveniente”. Analisando-se o termo coisa, vê-se que diferente de Maquiavel, quando o objeto do poder era o território e as pessoas que nele habitavam (elementos do princípio jurídico da soberania) ⁷³, no texto de La PERRIÈRE governo se refere às coisas, pois não se governa um território, ao contrário, o que é governado são os homens, seus laços com as coisas que são as riquezas, o território, os homens em relação com coisas que são os costumes, hábitos, ou mesmo com desgraças, tal qual a fome, epidemia, morte.

É toda essa gestão geral que caracteriza o governo, e em relação à qual o problema da propriedade territorial para a família, ou a aquisição da soberania sobre um território não são, afinal, senão elementos relativamente secundários para o Príncipe. O essencial é, portanto, esse complexo de homens e de coisas, o território, a propriedade não sendo, de algum modo, senão uma espécie de variável ⁷⁴.

Outro elemento constitutivo da frase de La PERRIÈRE é a finalidade do governo, a qual seria conduzir as coisas a um fim conveniente. Distante da soberania, cuja finalidade é circular, e remete ao próprio exercício da soberania, ou seja, o bem público é exatamente obedecer à lei, à lei do soberano da terra, ou à lei do soberano absoluto, Deus. La PERRIÈRE coloca como definição de governo não a sua condução ao “bem comum”, mas a um “fim conveniente”, o que implica em pluralidade de objetivos específicos: possibilitar a produção ao máximo de riquezas, para que sejam suficientes as pessoas; permitir a multiplicação da população; toda uma gama de objetivos que dará ao governo diferentes finalidades. Enquanto a soberania era

⁷² FOUCAULT, M. Idem, p.289. Aqui se deve ressaltar a especificidade do termo econômico, ou melhor, sua contextualização histórica. Veja-se que *economia* refere-se a uma forma de governo (gestão a partir de um modelo privado, o *oikos*), inteligência esta que perdurou até o século XVI, ao passo que a partir dos séculos seguinte, especialmente do XVIII economia transmuta-se em um nível de realidade distinto, referido ao que modernamente entendemos por economia, local de circulação e produção de riquezas no qual o Estado intervém.

⁷³ Sendo o território elemento central do principado de MAQUIAVEL.

⁷⁴ FOUCAULT, M. *Microfísica do Poder*, p.291.

garantida pela lei, e a lei pela soberania, aqui, no governo, “não se trata de impor uma lei aos homens, trata-se de dispor das coisas, quer dizer, de utilizar mais táticas do que leis, ou, no limite, de utilizar ao máximo as leis como táticas; fazer de tal modo que, através de certo número de meios, tal ou tal finalidade possa ser alcançada”⁷⁵.

Ressalte-se a importância dessa diferenciação, pois enquanto a soberania se baseia nela mesma, e seu suporte é a lei, a finalidade do governo está nas coisas que ele dirige, sendo, seus instrumentos, táticas diversas ao invés de leis. Isso foi propagado nos séculos XVII e XVIII em todos os textos dos economistas e fisiocratas, ao explicarem que através da lei não se alcançam as finalidades do governo.

Ainda que rústica, a teoria da arte de governar baliza relações do real; pois se ligava ao desenvolvimento das monarquias territoriais (século XVI); a todo um conjunto de análises e de saberes desenvolvidos ao final dos séculos XVI e XVII, voltados para o estudo das diferentes dimensões e dados do Estado; também atine ao mercantilismo e ao cameralismo⁷⁶.

Para dizer as coisas muito esquematicamente, a arte de governar encontra, no final do século XVI e início do século XVII, uma primeira forma de cristalização: ela se organiza em torno do tema de uma razão de Estado, entendida não no sentido pejorativo e negativo que lhe dão hoje (destruir os princípios do direito, da equidade ou da humanidade pelo único interesse do Estado), mas em um sentido positivo e pleno. O Estado se governa segundo as leis racionais que lhe são próprias, que não se deduzem das únicas leis naturais ou divinas, nem dos únicos preceitos de sabedoria e prudência. (...) tem sua própria racionalidade, mesmo ela é de um tipo diferente. Inversamente a arte de governar, em vez de ir buscar seus fundamentos nas regras transcendentais em um modelo cosmológico ou em um ideal filosófico e moral, deverá encontrar os princípios de sua racionalidade no que constitui a realidade específica do Estado⁷⁷.

Mas essa razão de Estado tornou-se um entrave para o desenvolvimento da arte de governo, o qual perdurou até o final do século XVIII. As grandes crises do século XVII permitiram esse bloqueio: guerra dos trinta anos; rebeliões rurais e urbanas; e a crise financeira e a crise de subsistência as quais oneraram a política das monarquias ocidentais no final do século XVII. A arte de governar somente poderia se expandir

⁷⁵ FOUCAULT, M. Idem, p.293.

⁷⁶ FOUCAULT, M. Idem.p.295.

⁷⁷ FOUCAULT, M. Idem, Ibidem.

em época de paz, sem grandes urgências militares, econômicas e políticas que não pararam de atormentar o XVII.

Outras razões igualmente bloquearam o desenvolvimento da arte do governar, as estruturas institucionais e mentais. Ao lado, a primazia do exercício da soberania se assomava fator fundamental para este bloqueio; isto porque suas instituições (da soberania), e o exercício do poder como exercício de soberania impediam o pleno desenvolvimento da arte de governar de modo autônomo e específico. Exemplo é o mercantilismo: primeiro exemplo de racionalização na arte de governo como prática de governo, “é, de fato, a primeira vez que se começa a constituir um saber do Estado que pudesse ser utilizável como tática do governo” ⁷⁸. O empecilho do mercantilismo foi justamente voltar-se para a potência do soberano, utilizando-se dos seus instrumentos: leis, ordens, regulamentos. Quer dizer, o mercantilismo tentou habilitar uma arte de governo através de uma estrutura da soberania, a qual naturalmente a impedia.

Entre os séculos XVII e XVIII a arte de governar ficou encurralada entre o modelo amplo da soberania como instituição e de outro o modelo estreito e frágil da família. Tentava fazer com que o governante dirigisse o Estado tão bem e preciso como se governasse uma família; ficando preso nessa idéia de economia.

O desbloqueio da arte de governar ocorreu dentro de um contexto histórico atrelado a expansão demográfica oriunda da abundância monetária vinculada ao crescimento agrícola. Mas especificamente pode-se apontar uma nova identificação da economia sobre algo distinto da família e na emergência do problema da população. Somente após o isolamento da realidade econômica e com o recorte específico da população é que o problema do governo pôde ser analisado a partir do quadro jurídico da soberania.

Esmiuçando-se proximamente o desbloqueio da arte de governar, percebe-se ser a questão da população fundamental por definitivamente isolar a família e recentrar a economia em algo alheio. As estatísticas populacionais vão mostrando algumas regularidades na população, como seu número de mortes, doenças, acidentes; bem

⁷⁸ FOUCAULT, M. Idem, p.296.

como fatores de agregação distintos dos familiares, como grandes epidemias, expansões endêmicas, espiral de trabalho e da riqueza. Sinteticamente pode-se afirmar que a estatística demonstrou a especificidade da população e a impossibilidade de ela ser redutível à família (a não ser para questões morais e religiosas). Logo, o que antes era um modelo – a família – deixa de sê-lo, pois se passa a centrar na população as preocupações da arte de governar. “Mas a família, de modelo, vai se tornar instrumento, instrumento privilegiado para o governo das populações, e não modelo quimérico para o bom governo” ⁷⁹. Justamente no século XVIII com campanhas sobre a mortalidade, casamento, vacinas, é que a família passa de modelo a instrumento, o que é absolutamente fundamental. Portanto, o desbloqueio da arte de governar é realizado pela população, quando esta elimina o modelo da família.

A população, ao lado de operar esse desbloqueio, auxilia na arte de governo também porque o objetivo último do governo é incrementar as condições da população. E os instrumentos utilizados pelo governo para tal fito incidem sobre as populações.

A população aparece então, mais do que como a potência do soberano, como a finalidade e o instrumento do governo. A população aparecerá como sujeito das necessidades, de aspirações, mas também como objeto entre as mãos do governo, consciente diante do governo, do que ela quer, e inconsciente, também, do que lhe fazem. O interesse, como consciência de cada um dos indivíduos constituindo a população, e o interesse como interesse da população, quaisquer que sejam os interesses e as aspirações individuais dos que a compõem, é isto que será o alvo e o instrumento fundamental do governo das populações. Nascimento de uma arte, ou, em todo caso, de táticas e de técnicas absolutamente novas ⁸⁰.

A constituição de um *saber de governo* é inseparável da construção de um saber para o conjunto de atos que envolvem a população, o que se chama de *economia*. Neste cruzamento de relações entre a população, o território, a riqueza, constitui-se a ciência da economia política, e a intervenção característica do governo no campo da economia e da população. “Em suma, a passagem de uma arte de governar para uma ciência política, a passagem de um regime dominado pelas estruturas de soberano a um

⁷⁹ FOUCAULT, M. Idem, p.299.

⁸⁰ FOUCAULT, M. Idem, p.300.

regime dominado pelas técnicas do governo fazem, no século XIII, em torno da população e, por conseguinte, em torno do nascimento da economia política”⁸¹.

Mas não se está dizendo que na passagem da arte de governar para a ciência política a soberania tenha deixado de desempenhar um papel. Ao contrário, pois a questão da soberania se coloca nesse momento com muita propriedade, pois não era mais possível deduzir a arte de governar da teoria da soberania, mas se devia perceber qual forma jurídica institucional poder-se-ia conceder à soberania definidora de um Estado.

Essa economia sobre os corpos integra igualmente a disciplina, quer dizer participa daquela mesma função de controle sobre os corpos.

Quanto à disciplina, ela tampouco é eliminada. Certamente sua organização, sua instalação, todas as instituições no interior das quais ela florescera no século XVII e no início do século XVIII: as escolas, os ateliês, os exércitos, tudo isso certamente não formava senão uma única coisa, e não se compreende senão através do desenvolvimento das grandes monarquias administrativas. Todavia, nunca, tampouco, a disciplina foi mais importante e mais valorizada do que a partir do momento em que se tentava gerir a população. Gerir a população não quer dizer gerir simplesmente no nível de seus resultados globais. Gerir a população quer dizer geri-la igualmente em profundidade, em fineza, e no detalhe⁸².

Não há uma substituição da sociedade de soberania pela sociedade de disciplina e desta por uma sociedade de governo. Há um triângulo “soberania-disciplina-gestão governamental cujo alvo principal é a população, e cujos mecanismos essenciais são os dispositivos de segurança”⁸³. FOUCAULT demonstra a superação da soberania por algo mais importante: primeiro, as escolhas de governo, segundo, aquilo que faz assomar a população como um dado (local de intervenção das técnicas de governo), terceiro, o isolamento da economia como domínio específico de realidade e a economia política, ao mesmo tempo como ciência e como técnica de intervenção do governo nesse campo de realidade. “São estes três movimentos, eu acho: governo,

⁸¹ FOUCAULT, M. Idem, p.301.

⁸² FOUCAULT, M. Idem, p.302.

⁸³ FOUCAULT, M. Idem, Ibidem.

população e economia política, dos quais se deve observar que constituem, a partir do século XVIII, uma série sólida que, ainda hoje, não se está dissociada”⁸⁴.

Assim, em seu curso ministrado em 1978 (*Segurança, Território e População*), em especial na classe de primeiro de fevereiro, FOUCAULT apresenta e estuda a “história da governamentalidade”, a qual significa o modo de estabelecimento dessas novas preocupações do Estado, a ultrapassagem da limitada preocupação da justificativa político-jurídica para uma abordagem centrada no governo da população. Nas palavras de FOUCAULT se refere ao:

conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer essa forma bem específica, bem complexa, de poder, que tem como alvo principal a população, como forma mais importante de saber, a economia política, como instrumento técnico essencial, os dispositivos de segurança. Em segundo lugar, por ‘governamentalidade’, entendo a tendência, a linha de força que, em todo o Ocidente, não cessou de conduzir, e há muitíssimo tempo, em direção à preeminência desse tipo de saber que se pode chamar de ‘governo’ sobre todos os outros: soberania, disciplina. Isto, por um lado, levou ao desenvolvimento de toda uma série de aparelhos de toda uma série de saberes. Enfim, por ‘governamentalidade’, acho que se deveria entender o processo, ou melhor, o resultado do processo pelo qual o Estado de Justiça da Idade Média, tornado nos séculos XV e XVI Estado administrativo, encontrou-se, pouco a pouco, ‘governamentalizado’⁸⁵.

Pode-se dizer que a preocupação do governo não mais se limita à questão formal de exercício e justificação da soberania. O que realmente passa a importar, e se mostra fundamental para esse governo (arte de governo) é sua manutenção concreta, a partir do privilegiamento do efetivo controle populacional. O controle dos corpos da população através de políticas públicas, aparentemente desejáveis pela própria população, se apresenta como a melhor forma de governar.

O Estado hoje é analisado através de lentes que reduzem e ampliam sua função. Ampliam por entender ser ele plenipotente em relação à condução dos negócios públicos; mas o reduz ao achar que esse mesmo Estado desempenha apenas certas funções. O Estado não é a questão! O que realmente é importante atualmente é a

⁸⁴ FOUCAULT, M. Idem, p.303.

⁸⁵ FOUCAULT, M. Idem, Ibidem.

“governamentalização”. FOUCAULT explica a amplitude e a profundidade desse deslocamento do Estado para o governo:

Vivemos na era da ‘governamentalidade’, a que foi descoberta no século XVIII. ‘Governamentalização’ do Estado que é um fenômeno particularmente retorcido, já que, se efetivamente os problemas de ‘governamentalidade’, as técnicas de governo se tornaram realmente a única aposta política e o único espaço real de luta e dos torneios políticos, essa ‘governamentalização’ do Estado, todavia, foi o fenômeno que permitiu ao Estado sobreviver⁸⁶.

O Estado só existe graças à “governamentalidade”, interior e exterior, a esse conjunto de táticas as quais permitem, a todo o momento, definir-se “o que deve ou não ser referido ao Estado, o que é público e o que é privado, o que é estatal e o que é não estatal”. A sobrevida e os limites do Estado somente podem ser inteligidos dentro da “governamentalidade”. Nesse novo momento objetiva-se uma nova abordagem do poder, agora com vistas ao seu efetivo funcionamento.

Agora, mais do que simploriamente ater-se às condições de possibilidade para o exercício do poder, a preocupação fulcral é o seu modo de funcionamento, sua efetividade, sua real produção de efeitos benéficos ao governo. Em suma, quais os resultados que se realizam e são verificados no cotidiano.

De um modo global e grosseiro, então, percebem-se quais foram as grandes formas de poder no Ocidente. Inicialmente uma sociedade leis (Estado da Justiça – dentro do modelo feudal), após um Estado Administrativo com uma territorialidade fronteira e não feudal instrumentalizada por regulamentos e disciplinas; e finalmente por terceiro um Estado de governo caracterizado por uma massa populacional, o qual se apóia na população e se utiliza daquele saber econômico, conformando-se como uma sociedade controlada pelos dispositivos de segurança⁸⁷.

Essa modificação nos tipos de sociedade ao longo dos anos indica a passagem ou o amadurecimento do Estado, o qual passa a ter aquela preocupação real, já mencionada, com o controle das ações em relação à população em geral. O governo,

⁸⁶ FOUCAULT, M. Idem, 304.

⁸⁷ Esse escorço histórico com as nuances de cada momento estatal é apresentado de modo mais pormenorizado no aludido Curso *Segurança, Território e População*, no qual FOUCAULT analisa a genealogia da arte de governo e da transição a partir da soberania, quando se aporta no problema efetivo da população.

então, apóia-se em um saber econômico, voltando-se para questões aparentemente privadas, mas com relevante repercussão na população. O que desloca, por consequência, o centramento das políticas públicas para essas situações menores (saúde pública, mortalidade, natalidade, etc.) por seu evidente potencial de controle sobre os corpos, que antes passava despercebida.

Na análise do nascimento dessa “governamentalidade” percebe-se que a idéia de *governo dos homens* surge no Oriente pré-cristão, determinada pelo modelo arcaico do poder pastoral, quando Deus era visto como um pastor o qual cuidava de seus homens como um rebanho⁸⁸, cujo fundamento e perfeição é esse caráter religioso. Nesse modelo o governante seria um pastor menor, cuja função é cuidar do rebanho, mas através dos desígnios divinos. O pastor deve cuidar de todos da melhor maneira, o que significa individualizar, pois sua tarefa somente será completa quando nenhuma de suas ovelhas escapar. Ele possui a tarefa de zelar pela vida de cada um dos homens de seu rebanho.

Posteriormente, quando a figura do pastor desaparece surge a política, mas não como substituto e sim com uma nova tarefa de reunir os vivos em uma comunidade de concórdia e amizade. Após isso, o cristianismo introduz elementos nessa idéia de pastorado, as quais serão fulcrais para o futuro tema da *política*.

Isso porque essa combinação da idéia de pastorado com o cristianismo faz com que ocorram algumas aproximações entre o poder e o indivíduo. Inicialmente, estabelecem-se laços morais de responsabilidade entre o pastor e cada membro de seu rebanho, sendo aquele responsável pelos atos deste último. O laço que os une não se deve a uma consciência de obediência, mas somente a uma racionalidade que demonstra ser mais prudente obedecer. Pressupõe-se, também, que o pastor conhece cada ovelha, somente conhecendo as necessidades individuais poderá o pastor supri-las da melhor forma. Por último:

Podemos dizer que o pastorado cristão introduziu um (...) jogo cujos elementos são a vida, a morte, a verdade, a obediência, os indivíduos, a identidade: um jogo que parece não ter nenhuma relação com aquele da cidade que sobrevive através dos sacrifícios de

⁸⁸ FOUCAULT, M. *Seguridad, territorio, población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 151.

seus cidadãos. Ao conseguir combinar estes dois jogos – o jogo da cidade e do cidadão e o jogo do pastor e do rebanho – no que chamamos os Estados modernos, nossas sociedades se revelaram verdadeiramente demoníacas⁸⁹.

Após essa análise FOUCAULT centra sua preocupação no momento de formação do Estado em seu sentido moderno. Quando se operaram modificações importantes, vez que esse modelo de pastorado, pela sua complexidade, deixou de vigor. A racionalidade do poder de Estado, de outro lado, apóia-se em um duplo doutrinário: *razão de Estado* e *teoria da polícia*. Ambas as tecnologias caracterizaram a nova arte de governar segundo a *razão de Estado*.

“A doutrina da razão de Estado tentou definir em que os princípios e métodos do governo estatal diferiam, por exemplo, da maneira como Deus governava o mundo, o pai, a sua família, ou um superior, a sua comunidade”⁹⁰. Passou-se a se preocupar acerca do conteúdo real do poder em detrimento do divino. Sinteticamente pode-se dizer que se abandonam as leis divinas, naturais ou humanas, passando a ser um governo o qual concorda com a potência do Estado, objetivando aumentar essa potência⁹¹.

“Quanto à doutrina da polícia, ela definiu a natureza dos objetos da atividade racional do Estado; ela definiu a natureza dos objetivos que ele persegue, a forma geral dos instrumentos que ela emprega”⁹². Refere-se a técnicas, objetivos, domínios os quais apelam à intervenção do Estado.

Assim, o estabelecimento de um Estado, da governamentalização do Estado nas sociedades ocidentais acaba por ser mais um acontecimento político quase que acidental, não se podendo falar em intencionalidades. “Nossa governamentalidade, que se forma a partir de então, resulta – não sem rupturas – de uma matriz pastoral, da doutrina da Razão de Estado, do desenvolvimento das técnicas de polícia e da tecnologia do governo, da governamentalização do Estado, além da formação de um

⁸⁹ FOUCAULT, M. *Omnes et Singulatim*. In: Ditos & Escritos (vol. IV): *Estratégia, Poder-Saber*, p.369-370.

⁹⁰ FOUCAULT, M. Idem, p.373.

⁹¹ FOUCAULT, M. Idem, p. 376.

⁹² FOUCAULT, M. Idem, p. 373.

discurso de caráter científico e liberal”⁹³. O que conduz a essa preocupação com o individual como forma subjetivação, nova seara de luta política, antes limita as relações de produção e ao problema das formas de resistência política. Quer dizer, o político também será o individual, o subjetivo, a formação de subjetividades.

⁹³ PRADO FILHO, Kleber. *Uma história da Governamentalidade*. Rio de Janeiro: Editora Insular, 2006, p.81-82.

4 DIREITO

De posse dessas ferramentas explicativas e críticas de Michel FOUCAULT, assoma-se promissor realizar a tarefa na qual o autor deixou de se interessar e concertar: cotejar o direito com essas ponderações acerca do poder; seu funcionamento efetivo dentro de nossa sociedade, suas funcionalidades, insuficiências, limitações, restrições; algo não inédito, mas desafiador e essencial.

Uma abordagem sociológica da realidade jurídica tende a enriquecer e, no mínimo, trazer novos elementos de ponderações e possibilidades ao entendimento da realidade. Realidade essa que vem se descolando das bases do direito e da proeminência legal. Assoma-se uma verdadeira crise da legalidade pela sua insuficiência. António Manuel HESPANHA, após analisar uma série de fatores, conclui: ‘Todos estes factos, que antes de serem jurídicos, são civilizacionais, modificaram de forma decisiva as bases do direito actual. Só muito simplificaradamente – e de forma cada vez mais irrealista – é que se pode continuar a ser identificado com a lei’⁹⁴.

Ora, a identificação do direito com a lei mostra-se cada vez mais inadequada, quer pela pluralidade das realidades sociais, quer pelos diferentes mecanismos que intermedeiam a aplicação dessa mesma lei. Exatamente nesses interstícios, ou lacunas de intelecção, é possível aplicar-se as categorias do poder apresentadas por FOUCAULT, e entender como o poder incide cotidianamente.

Quer dizer, na medida em que a lei se apresenta insuficiente, o que antes era a garantia maior do respeito aos direitos dos cidadãos (a lei) passa a ser algo aberto, com infinitas possibilidades e variantes, que a torna dependente não apenas de uma regra matemática ou silogística de aplicação, mas condicionada a inúmeros fatores integrantes das relações de poder e mando naturalmente existentes em uma sociedade permeada por formas de poder disciplinar.

⁹⁴ HESPANHA, Antonio Manuel. *O Caleidoscópio do Direito*. O direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007, p.23.

Cumpra questionar, por conseguinte, se a lei estando atualmente em posição de inferioridade em relação ao cotidiano, em relação à complexidade da realidade, tem condições de portar o monopólio jurídico para o regramento a sociedade; ou se apenas não representa mais uma forma de controle da sociedade por inércia.

Afinal, porque ainda um elemento notadamente insuficiente, raso, limitado – a lei – está nessa posição plenipotente dentro do ordenamento jurídico? Por que a ela ainda é conferida todas as honrarias do nosso direito, se é evidenciado seu diário deslocamento da realidade social, e partir da crescente complexidade cotidiana.

Obviamente que o compromisso da lei, do princípio da legalidade, da certeza de ser esta observada mesmo que pelo soberano (onipotente) apresenta-se como uma das promessas da modernidade. A libertação da razão, sua capacidade de produzir e conduzir os destinos dos homens, sua potência para habilitá-lo a ser o condutor do seu futuro, produziu o ícone da lei como facilitadora dessa possibilidade. Exatamente porque afasta as “garras do soberano”, e garante que somente aquilo que for legislado poderá integrar o conjunto de normas jurídicas a serem aplicadas e respeitadas. Somente aquilo que respeitar as regras estatais para produção do direito é que pode ser respeitado ou observado.

A trajetória da filosofia do direito moderno é a saída do direito como instância política, da vontade, do arbítrio, para a instância da técnica, da estabilidade, onde a legalidade se assenta em si mesma, e não mais na sua criação e manutenção, constante por parte da política. (...) A idéia de legalidade, da universalidade das leis, quer se afirmar, por isso, como criação fundamental da razão humana, e não necessariamente produto das relações políticas. A modernidade eleva a legalidade à expressão de uma racionalidade universal⁹⁵

Feita essa acomodação da realidade jurídica em relação ao cotidiano, não se pode aceitar ou permitir manterem-se instrumentos tão caros para a teoria social de fora do fenômeno jurídico. Melhor explicando, as abordagens elaboradas por Michel FOUCAULT acerca da real circulação e operatividade do poder dentro da malha social são extremamente adequadas e úteis para esquadrihar o fenômeno jurídico e suas

⁹⁵ MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p.46/47.

condicionantes externas à lei. Afinal, sendo a lei insuficiente, por evidente que em suas limitações e rasuras é perfeitamente possível a disciplina atuar produzindo resultados absolutamente díspares ou mesmo em consonância com o poder disciplinar, panoptizando⁹⁶ os corpos, as condutas, os comportamentos de toda a coletividade, para efetivar suas normas.

4.1 Estatalismo

Fundamental se analisar as razões históricas que desembocaram no estabelecimento da dissociação (ou melhor, na anteposição) entre um direito produzido pelo Estado, e outro emanado de modo privado. Importante para, segundo o escopo do presente trabalho, se perceber que tal “divisão” privilegiou, em especial, a criação do mito legalista. Ou melhor, razões as quais estabelecerem um verdadeiro monopólio do direito estatal. Reforçando a potencial necessidade de um Estado forte, legislador, com plena capacidade de mediar conflitos através de uma de suas funções: legislar.

Na passagem do Antigo Regime para o incipiente Estado Moderno, buscou-se privilegiar uma série de elementos essenciais à centralização do poder. Nos planos políticos e institucional o Estado Moderno objetivava expropriar os poderes até então detidos difusamente por outras entidades (papado, império, senhorios, cidades, corporações, famílias)⁹⁷.

E para que isso fosse possível o Estado indicava encarnar um poder bom, acima das vicissitudes dos grupos concorrentes e da “sociedade civil”. Quer dizer, um poder que pudesse disciplinar a vida social buscando a consecução do interesse público de forma imparcial, abstraído da igualdade política estabelecida na liberdade civil⁹⁸ (vigente entre “iguais”).

⁹⁶ Panoptizar é adjetivo criado a partir das teorizações de FOUCAULT realizadas na obra *Vigiar e Punir*, cujo sentido seria atinente ao amoldamento, sujeição dos corpos pelo poder disciplinar.

⁹⁷ HESPANHA, Antônio Manuel. *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*. Colectânea de textos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 28.

⁹⁸ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da Sociedade*, p.30.

HESPANHA ressalta que a anteposição entre público e privado era algo, então, absolutamente conhecido. O que espantava era a colocação desses dois elementos como antagônicos, colidentes. Em última instância, essa dicotomia passou a representar uma opção. Ou o poder político permanecia difuso ou se concentrava. Nesta hipótese a concentração representaria a plenipotência do seu gestor único (Estado) legitimamente arrogado na prerrogativa de obter o bem comum.

Como reforço o Estado também passa a exercer um poder de *polícia*, o qual facilitava sua atuação de forma dura e ríspida, muitas vezes como instrumento para a consolidação do poder político, e da sua representação perante a “sociedade civil”.

Da maneira como a abordagem historiográfica do Antigo Regime é exposta tradicionalmente, passa ela a ser uma mera projeção (anterior) das instituições do estado burguês-liberal. Ou seja, que na estrutura do Estado, pretensamente, já havia a dicotomia público-privado e a sua manutenção futura (modernidade) foi consequência e potência realizada. O Estado, por tudo isso, seria o local efetivo da construção jurídica (a partir do poder político).

De outro lado, implantado o Estado Moderno, as condições de centralização do poder político são dadas com esse “paradigma estatalista”. Ideologicamente o que se dissemina é que: à época do “pré-estado” já estavam postos elementos fundantes da centralização estatal. Por consequência, é o que almeja esse tipo de pensamento, a conformação moderna desse ente nada mais é do que um desenvolvimento, uma evolução.

Perceba-se que é relevante tal tratamento do tema, pelo fato de ele ser uma característica imponente no estabelecimento de uma “sociedade legalista”. Ou seja, somente com a exigência de um poder central é que se pode considerar como melhor fonte normativa a lei (produto estatal por excelência).

Nesse momento surge aquilo que Paolo GROSSI denomina de *mitologia jurídica da modernidade*, quando o Estado se arroga como fonte única e plena da lei, estabelecendo as codificações (estatutos jurídicos completos e hábeis a regular todas as relações privadas). Filho do iluminismo o código carrega a marca da antítese jusnaturalista, a mais grave e pesada da história do direito moderno. Na nova cultura

secularizada crê-se na capacidade do sujeito de ler a natureza das coisas, sendo este sujeito o príncipe. “O jusnaturalismo vem a desembocar no mais agudo positivismo jurídico, e o Código, mesmo se portador de valores universais, é reduzido à voz do soberano nacional, à lei positiva desse ou daquele Estado” ⁹⁹. Assim, o pluralismo jurídico acaba sendo estrangulado por um rígido monismo. Com a divisão dos poderes o monopólio da produção do direito fica com o legislador – o detentor da soberania ¹⁰⁰.

O código, por suas características, atua através de protagonistas abstratos em uma faixa de relações também abstratas. Na visão burguesa abstração e igualdade jurídica são à base do mesmo projeto de constitucionalidade. Através desse aparente benefício para todos, os códigos monopolizaram a produção jurídica pelo poder público, o qual passa a ser “o instrumento de um Estado centralizador que se expressa em uma língua nacional, culta, literária, que tenta se manter o mais distante possível de todo o tipo de localismos vernáculos, os únicos verdadeiramente agradáveis e compreensíveis à massa popular” ¹⁰¹. O Código realmente fala à burguesia que fez a Revolução aspirando à propriedade livre da terra e a sua livre circulação; fala ao coração dos proprietários; e permite, como única flexibilização, a figura dos contratos – com a sua carga de autonomia individual.

Para os fins do presente estudo, releva perceber que essa assunção de poderes pelo Estado significou o estabelecimento racional de um conjunto jurídico de normas e leis, aptas e hábeis a consolidar o poder emergente (burguês), rompendo de modo importante com as estruturas do poder posto (feudal). O mito iluminista da racionalidade (que desembocará no positivismo) não passa de um instrumento do poder para a consolidação dos seus novos interesses: fortalecimento de um Estado central que possibilite ao espaço privado o acúmulo de capital e patrimonial. Conforme WIACKER: “Nesta técnica, ainda hoje actuante, apesar das posteriores reformas, combinam-se a paixão lógica da ciência jurídica analítica-casuística da Baixa Idade Média com as tendências, por um lado, da cultura moderna para a

⁹⁹ GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004, p. 114.

¹⁰⁰ GROSSI, Paolo. Idem, p.114-115.

¹⁰¹ GROSSI, Paolo. Idem, p.129.

racionalização do pensamento e, por outro, do Estado moderno para a racionalização da vida pública ¹⁰²’.

Dessa maneira o direito burguês, fundamento maior do direito contemporâneo, apresenta-se como um direito absolutamente estatal e consolidador das estruturas de poder que permeiam a Sociedade atual. Sob o manto da legalidade que, até hoje, vige como garantia aos cidadãos iguais.

Analisando-se as características desse direito moderno, vê-se que, de uma forma geral, ocorreu uma adequação do discurso as necessidades do então incipiente capitalismo. Antônio Carlos WOLKMER indica o Direito Moderno como estatal, centralizado, escrito, previsível e normativo, e explica:

Sua estrutura técnico-formal é constituída por um complexo de normas de teor geral, abstrato, coercível e impessoal. O *princípio da generalidade* implica a regra jurídica como preceito de ordem abrangente, obrigando a um número de pessoas que estejam em igual situação jurídica. A lei é para todos e não apenas para algumas pessoas. Por outro lado, a norma de Direito é abstrata (*princípio da abstratividade*) porque objetiva alcançar o maior número possível de ações e acontecimentos. (...) Por sua vez, a *coercibilidade* é a possibilidade do uso da coação psicológica e material garantida pelo poder político estatal. (...) Por último, o *princípio da impessoalidade* refere-se à situação de ‘neutralidade’ diante da participialidade individual, pois a aplicação da norma tem a pretensão de estender-se a uma quantidade indefinida de pessoas, de modo aleatório e não particularizado. Certamente que tais *princípios de abstração, generalidade e impessoalidade* têm no modelo liberal-individualista ‘um significado ideológico, o de ocultar a desigualdade real dos agentes econômicos, para desse modo se conseguir a aparência de uma igualdade formal, a igualdade perante a lei ¹⁰³’.

Em que pesem as mudanças políticas ocorridas no período, isso não significou alteração profunda nas estruturas de poder, não havendo compensação na desequilibrada balança jurídica e econômica de distribuição de benesses e privilégios. A Lei, então, aparece naturalmente como o instrumento estatal para a manutenção de uma série de garantias, antes sustentadas e bancadas pelo antigo regime de modo despreocupado.

¹⁰² WIACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.204.

¹⁰³ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.27.

4.2 Direito Estatal e Direito Não-Estatal

O Estado, então, apareceu nesse contexto de fragmentação do poder vigente no tardio sistema feudal. Para que pudesse, paulatinamente, centralizar o comando e exercer toda a gama de poderes para os quais imaginava dever, recorreu à difusão política, administrativa e jurídica do poder. Quer dizer, a centralização não ocorreu de um momento para outro. Houve toda uma participação gradual do Estado nas questões “privadas”, muitas vezes em clara confusão entre o espaço público e o privado.

Parece estranho pensar que para o Estado exercer funções ele dicotomizou o espaço em público e privado. Entretanto, percebe-se que a confusão entre essas esferas, sem que houvesse uma clara divisão de papéis, era mais prejudicial do que isso. Pois, ao se estabelecer o que caberia ao Estado (funções e espaços de atuação) e o que caberia à sociedade civil, a verticalização do mando e do poder estaria facilitada, pois o público invadiria o privado sem qualquer pudor político ao menor indício da necessidade de se proteger o interesse público. Já antes, quando público e privado se confundiam, era mais difícil a atuação verticalizada, o que comprometia a amplitude da interferência.

O que deixa totalmente claro que a análise acerca da instituição de um poder central, e posteriormente de um conjunto de leis nacional, não pode ser feita considerando-se como ponto de partida a distinção entre Estado e sociedade civil. São instâncias de uma mesma estrutura. Não são estruturas distintas e colidentes, mas que, em determinado momento histórico se apresentam dessa maneira.

Na mesma medida, e por conseqüência, não há que se falar em direito privado e direito público. As instâncias de regulação estatal (âmbito de aplicação das leis) não podem ser vislumbradas de forma estanque. Entretanto, a partir do estabelecimento de um paradigma legalista, sempre houve a necessidade de se estancar esses departamentos do direito, prevalecendo-se o estatal.

Sendo o Estado o elemento garante da nova estruturação do poder, esse mesmo Estado necessita de instrumentos e meios que possibilitem a sua afirmação e consolidação. Para se fortalecer o Estado teve que demonstrar sua relevância. Antes a

família era a unidade sócio-econômica européia. O “chefe da casa” dirigia tanto os agentes produtivos (poderes econômicos), como desempenhava funções políticas¹⁰⁴.

Para que o Estado fosse “relevante”, deveria ele desempenhar alguma função de destaque. Por isso e para isso, que o Estado divide os interesses (e o direito) em públicos e privados. Aquele é o espaço do comum e do privilegiamento dos interesses coletivos, este é o espaço da liberdade e da igualdade dos cidadãos. Sempre que necessário para a proteção do coletivo, aquele interferirá neste.

O espaço público foi, então, delimitado como o local correto do político e do jurídico, enquanto que o privado portava o econômico por excelência. Assim, economia ficaria ao encargo do particular, enquanto política e direito seriam ônus estatais.

Boaventura Souza SANTOS desvela outras funções dessa dicotomia, que, em última instância, importaram em repercussões mais profundas:

Confinado à esfera pública, o ideal democrático ficou neutralizado ou profundamente limitado no seu potencial emancipador. Convergentemente, a conversão da esfera pública na sede exclusiva do direito e da política desempenhou uma função legitimadora fundamental ao encobrir o facto de o direito e de a política do Estado democrático só poderem funcionar como parte duma configuração política e jurídica mais ampla, onde estão incluídas outras formas antidemocráticas de direito e de política.¹⁰⁵

Em primeiro lugar, houve um alijamento da participação popular no direito e na política. Ao passo que, mesmo configurando-se um espaço econômico privado o Estado intervinha plenamente nessa seara. O que interessa é ressaltar o espírito antidemocrático e ideológico dessa dicotomia, e do seu desdobramento: verticalização do direito a partir do Estado.

De outro lado, de acordo com essa “divisão”, o coletivo é estabelecido política e (mesmo) economicamente, e somente quando “se julgar necessário” é que essas esferas estanques se comunicam e se interferem. A efervescência do momento

¹⁰⁴ WOLKMER, A. C. Idem, p. 33.

¹⁰⁵ SANTOS, Boaventura Souza. *Pelas Mãos de Alice: o social e político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995, p.122-123.

histórico – consolidação da burguesia a estruturação do incipiente capitalismo – acaba por determinar esses limites de interferência. Juan Ramón CAPELLA indica quais são as três grandes funções gerais do estado moderno e contemporâneo, já considerada aludido estancamento:

- 1) Prover ou subministrar as condições gerais necessárias para que possa desenvolver-se a atividade produtiva cuja existência ou manutenção continuados não fica assegurados pelas atividades dos distintos sujeitos econômicos da «esfera privada».
- 2) Reprimir as ameaças ao modo de produção dominante procedentes das classes subalternas ou de certos setores das classes dominantes mesmas, para manter a existência social do capital.
- 3) Integrar as classes subalternas na aceitação do sistema sóciopolítico¹⁰⁶.

Em suma, mesmo se estabelecendo uma potencial divisão entre assuntos públicos e privados, o Estado, em última instância, manteve-se na posição estratégica de classificação e definição dos papéis. Quer dizer, o público e o privado eram aquilo que o Estado assim classificava. Isso, por si só, demonstra a pouca relevância desta dicotomização e sua total vinculação ideológica com os interesses dominantes, melhor representados pelo Estado.

Quando se explica o estabelecimento do Estado a partir de uma história “dialética” (o que aqui se critica), está se ignorando a relevância dos elementos confluentes que possibilitaram a ascensão de uma maneira de pensamento jurídico absolutamente diferente. Isso significa que o estabelecimento do direito moderno não é fruto de qualquer transformação, mas produto da sua época e das necessidades então eleitas para a consolidação de um novo modo de produção (capitalista).

Conseqüentemente, há uma série de elementos discursivos (como a presente dicotomia, e outras situações que serão demonstradas neste trabalho), os quais objetivam criar uma falsa idéia de mudança e transformação. Coisa que não ocorreu, na medida em que não foi erigida qualquer nova perspectiva ou possibilidade de mudança. Ao contrário, erigiram-se ideais antidemocráticos e com pouca legitimação popular.

¹⁰⁶ CAPELLA, Juan Ramon. *Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.126-127.

4.3 Lei e Direito

Até o estabelecimento ideológico da anteposição direito “público-privado”, a construção do direito era difusa, não monopolizada pelo Estado. A partir da implantação do paradigma estatalista e dos seus desdobramentos, o Estado invoca o monopólio da construção jurídica e passa a se arrogar como única instância de produção do direito (normas jurídicas). Cabendo ao particular, em tese, apenas o espaço econômico.

Para demonstrar essa necessidade e sua posição privilegiada de produtor de normas jurídicas, o Estado busca se apropriar de um discurso filosófico que lhe propicie essa justificação. Esse discurso é dado, tanto pelos contratualistas quanto, mais tarde, pela doutrina do positivismo jurídico.

As Teorias contratuais são utilizadas como fundamento para o estabelecimento de um corpo de regras jurídicas que “possibilite a vida em sociedade”, a partir dos fundamentos da racionalidade moderna. Ricardo Marcelo FONSECA bem explica a influência dos três grandes teóricos contratualistas, ROUSSEAU, LOCKE E HOBBS:

Como se pode ver, apesar das diferenças, esses três grandes filósofos concebem a vida política e a constituição do Estado (e, por consequência, a constituição da “lei civil”) como parte de um grande processo de *racionalização* da vida social, operada por meio do *indivíduo* através de sua *vontade*, com vistas a uma norma de legitimidade que seja *universal*. Racionalidade, universalidade e autonomia da vontade: são estes os signos da modernidade – todos girando em torno do sujeito moderno individualizado – e da organização política e jurídica que a partir e então é moldada. A política e o direito moderno serão gravados desde então com essas marcas distintas (...) ¹⁰⁷.

Sem adentrar a controvérsia acerca daquilo que esses autores efetivamente pensaram, ressalte-se que suas teorias serviram de justificativa para o estabelecimento e a vitória do direito positivo. De um direito baseado e resumido a produção jurídica do Estado.

¹⁰⁷ FONSECA, R. M. Obra citada. p. 55-58.

Acerca dessa monopolização da produção das normas jurídicas, em oposição ao modelo da sociedade medieval, Norberto BOBBIO ressalta:

A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*¹⁰⁸.

Assumindo a posição de produtor único das normas jurídicas, e da regulação social-jurídica como um todo, o Estado passa a ser o centro emanador do poder em seus amplos espectros. Como desdobramento dessa monopolização, pode-se ver quais os instrumentos que lança mão o Estado para atingir esse objetivo.

Erige-se uma ciência jurídica, a qual seria fruto da racionalidade que passou a permear todas as relações sociais e, em especial, as relações jurídicas. Exatamente para isso a lei é utilizada. BOBBIO demonstra quais as idéias-matrizes (princípios ideológicos), de cunho racionalista, presentes no estabelecimento da lei como fundamento do positivismo jurídico:

a) O dar prevalência à lei como fonte do direito exprime uma concepção específica deste último, que é compreendido como ordenamento racional da sociedade; tal ordenamento não pode nascer de comandos individuais e ocasionais (porque então o direito seria capricho e arbítrio), mas somente de normas gerais e coerentes postas pelo poder soberano da sociedade, assim como a ordem do universo repousa em leis naturais, universais e imutáveis.

b) o dar prevalência à lei como fonte do direito nasce do propósito do homem de modificar a sociedade. Como o homem pode controlar a natureza através do conhecimento de suas leis, assim ele pode transformar a sociedade através da renovação das leis que a regem, mas para que isto seja possível, para que o direito possa modificar as estruturas sociais, é mister que seja posto conscientemente, segundo uma finalidade racional, é mister, portanto que seja posto através da lei¹⁰⁹.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999, p.27.

¹⁰⁹ BOBBIO, N. Idem, p. 119-120.

Essa colocação da lei como necessidade, e possibilidade de mudança, representou, historicamente, a vitória do juspositivismo sobre o jusnaturalismo (fortalecido por autores do século XVII e XVIII). O que importa em dizer que se passou a dar prevalência à concepção legalista-estatal do direito.

A Lei, por evidente, assoma-se o verdadeiro modo de o Estado manter-se na condução do direito, de todo o ordenamento jurídico. O desenvolvimento do princípio da legalidade se apresenta como necessidade econômica e política dos incipientes Estados modernos. Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR assim elucida:

No sentido sociológico, positividade é um fenômeno que naquele século será representado pela crescente importância da lei votada pelos parlamentares como fonte do direito. O antigo regime caracterizava-se pelo enfraquecimento da Justiça, cuja dependência política projetava-se no arbítrio das decisões. A crítica dos pensadores iluministas e a necessidade de segurança da sociedade burguesa passou, então, a exigir a valorização dos preceitos legais no julgamento dos fatos. Daí se originou um respeito quase mítico pela lei, base, então, para o desenvolvimento da poderosa Escola da Exegese, de grande influência nos países em que dominou o espírito napoleônico. A redução do jurídico ao legal foi crescendo durante o século XIX, até culminar no chamado legalismo. Não foi apenas uma exigência política, mas também econômica. Afinal, a Revolução Industrial, a velocidade das transformações tecnológicas aumenta, reclamando respostas mais prontas do direito, que o direito costumeiro não podia fornecer¹¹⁰.

A estruturação do poder político se funda na *lei* e na necessidade de esta ser legitimamente constituída, vez que somente ela possuindo condição de validade é que poderá o poder político torná-la vigente. Ao mesmo tempo, a estabilidade das relações burguesas, e a certeza de prévias prescrições legislativas para cada fato é que adéquam a *lei* ao novo e incipiente sistema.

O positivismo jurídico implantou-se, então, nesse contexto de legalismo, agora esse positivismo estabelece um corpo doutrinário específico, com finalidades absolutamente adequadas à sua necessidade. A Teoria do Ordenamento Jurídico, justamente, exerce essa função. Consolida o império da lei. Sua mais alta expressão encontra-se no pensamento de Hans KELSEN. BOBBIO assim caracteriza essa teoria: “A teoria do ordenamento jurídico se baseia em três caracteres fundamentais a ela

¹¹⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. técnica, decisão, dominação. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p.74/75.

atribuídos: *a unidade, a coerência, a completitude*; são estas três características que fazem com que o direito no seu conjunto seja um ordenamento e, portanto, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem¹¹¹.”

Como forma de consecução desse ideário, para consolidar esses elementos, o ordenamento lança mão da lei¹¹². Pois esta é uma garantia formal de que a sua escolha enquanto regra geral a ser observada é feita por quem legitimamente pode: o Estado. Esse poder central, só ele para essa teoria, pode produzir uma série de regramentos. A unidade formal, então, se caracteriza pelo fato de que existe uma única autoridade que atribui caráter jurídico ao conjunto de normas.

As outras características, coerência e completude, ligam-se intimamente, conectando-se da seguinte forma para BOBBIO: “Concluindo: a incoerência do sistema é a situação em que ‘há’ uma norma e ‘há’ uma outra norma compatível com a primeira; a incompletitude é a situação em que não há ‘nem’ uma norma, ‘nem’ uma outra norma incompatível com esta. Na incoerência há uma norma a mais (há...há); na incompletitude há uma norma a menos (nem...nem)”¹¹³.

Todas essas características estão absolutamente presentes na lei. A lei é o fundamento da Teoria do Ordenamento Jurídico, a qual a pressupõe para fincar-se enquanto elemento regulador da sociedade. Isso porque, “o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação”¹¹⁴.

Quer dizer, não basta a lei, mas também se apresenta a necessidade de um corpo sistematizado, único, coerente e completo, que possibilite ao Estado regular todas as situações potenciais que se apresentam. Assim nasce o ideário da necessidade de uma

¹¹¹ BOBBIO, N. Obra citada, p.198.

¹¹² Na conceituação clássica da Teoria Geral do Direito define-se “lei é um conjunto de regras que se apresenta como um texto escrito. Caracteriza-se por ser estatal, obrigatória, geral e permanente. Estatal, no sentido de ato do Estado, pelo seu poder legislativo; obrigatória, porque se impõe à vontade dos destinatários, que a devem observar e respeitar, sob pena de sanção; geral, porque se dirige a todos e a cada um indeterminadamente; permanente porque dispõe para o futuro em princípio sem limitação de tempo. A lei é, assim, um ato do poder legislativo que estabelece normas de comportamento social.” (AMARAL, F. *Direito Civil*: Introdução, p.77).

¹¹³ BOBBIO, N. Obra citada, p.203.

¹¹⁴ BOBBIO, N. Obra citada, p.199.

codificação, para que a lei, conjuntamente com a teoria do ordenamento jurídico, possa satisfazer os interesses estatais de plena regulação social.

A Teoria do Ordenamento Jurídico, a lei, o positivismo jurídico, somente poderão ser compreendidos como uma realidade total, na qual seus elementos estão totalmente vinculados e interligados. O que serve de base para a definição do jurídico na sociedade moderna.

Consolidando a hegemonia do legal, buscou-se estabelecer uma melhor instrumentalização da lei. Nesse sentido o movimento de codificação passou a se insuflar, pregando a necessidade de um corpo de normas coeso, único e absoluto. O ideal burguês de regulação das relações sociais não se limitava ao legal. E para isso “O código é o arquétipo da norma *permanente*, não destinada a trocar facilmente dado seu caráter geral e estruturante de âmbitos normativos completos “¹¹⁵.

A estabilidade e a perenidade do social são fundamentais para a consolidação do incipiente modelo (burguês). Um corpo único de normas que regulassem tudo (idealmente), no qual não houvesse brechas ou incompletudes era altamente desejável.

Ainda que isso, mais claramente, interessasse ao Estado, diversos setores pressionaram e colaboraram para a codificação. R. C. Van CAENEGEN identifica essa intensa movimentação em prol dos códigos, e os custos dela advindos:

O movimento de codificação foi sustentado por fortes correntes sociais. Em primeiro lugar, havia o fator político. Os soberanos viam a promulgação de códigos nacionais como um componente essencial de suas políticas de unificação. O princípio “um Estado, um código” ajustava-se perfeitamente a tais políticas. (...) A nacionalização do direito fazia-se à custa tanto do *ius commune* cosmopolita quanto dos costumes particulares locais. (...) As considerações econômicas também desempenharam um papel importante. Os códigos modernos respondiam às reivindicações de uma classe média confiante e empreendedora, como as de liberdade e responsabilidade individual, abolição das barreiras e discriminação feudais. (...) Por fim vale a pena observar a importância dos fatores intelectuais. A filosofia do Iluminismo rejeitou os velhos dogmas e as tradições (especialmente religiosas) e colocou o homem e seu bem-estar no centro de suas preocupações.¹¹⁶

¹¹⁵ CAPELLA, J. R. *Obra Citada*, p.135.

¹¹⁶ CAENEGEN, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.175-178.

Lei e Código instalaram-se na sociedade moderna como ícones de uma esperada mudança social, econômica, política e jurídica. Ou, veladamente, como, alicerces garantidores da imutabilidade social, consolidando uma sociedade de privilégios e de desigualdades.

As leis são garantias para o sistema capitalista de que as relações sociais serão estáveis, a partir do que ele mesmo prevê. O sistema capitalista – seu modo de produção – somente pode viger, prevalecer, a partir de uma estabilização dessas relações sociais. Afinal, o que é previsto, esperado, aquilo no qual se pode ter uma expectativa, por óbvio, é mais facilmente controlado.

Inegável que todo sistema de poder dominante almeja instituir e delimitar um discurso científico que lhe dê base e possibilite o pleno desenvolvimento do seu modelo econômico. O discurso científico da modernidade pressupõe um sujeito apto a conhecer e, racionalmente, desenvolver as bases teóricas das ciências. A ciência, por consequência, é o único meio hábil para se conhecer. Nesse binômio, ciência – sujeito, é que se desenvolve toda a racionalidade moderna, em detrimento de qualquer outra forma de pensar (conhecer, criar). A subjetividade reinante de DESCARTES é fundamental para as ciências.

Alysson Leandro MASCARO aponta essa oportunidade ímpar que se apresentou no momento em que ao sujeito foi dada plenipotência do conhecimento, “as luzes”:

Este mundo de plenos direitos, previsto e desejado pelo Iluminismo, é a plenitude do capitalismo. A tendência mundializante e sem fronteiras do capital – que dominou povos pré-capitalistas e os forçou à lógica do mercado, e que, após o fim dos socialismos reais, reinou único – viu a previsão iluminista cumprir-se na prática: o mundo todo está relacionado e jungido pelos contratos, e toda a humanidade, pois, alça à condição de sujeito de direito: todos são indivíduos capazes de direitos e obrigações na esfera jurídica, ainda que alguns tenham mais direitos e a maioria mais obrigações¹¹⁷.

Paralelamente, o adágio liberdade, consolidado com os ideais apresentados pela Revolução Francesa, alcança o sujeito e, juntamente com sua racionalidade, passam a

¹¹⁷ MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro*, p.131.

pautar o conhecimento e, em especial, o direito. Pautando-se pela sua liberdade e racionalidade o sujeito passa a poder criar o direito, ou melhor, criar um direito mais racional, logo, mais próximo do ideário humano. Entretanto, conforme Michel MIAILLE, essa artificialidade do sistema jurídico acaba revelando duas coisas:

Em primeiro lugar, que os «dados» do sistema de direito são particularmente construídos e que, se natureza existe, trata-se de uma natureza já muito civilizada! Por outro lado, que este «dato-construído» não é fruto do acaso ou de a pura imaginação, mas corresponde a funções ideológicas e sociais bem precisas que são as da sociedade capitalista. (...) A maior parte das vezes, a relação que existe, realmente, entre sociedade capitalista e essas instituições foi esquecida, completamente obscurecida pelo desenvolvimento das técnicas jurídicas. (...) O sistema jurídico tem então a sua explicação em si mesmo: os fundamentos do direito aparecem como noções ou instituições jurídicas e encontramos-nos, em consequência, completamente encerrados num mundo fechado e idealizado, o dos juristas.¹¹⁸

Não está se dizendo outra coisa senão que o direito não pode ser visto a partir de pressupostos naturais, ou éticos, que sejam descolados do sistema dominante em nossa sociedade. Quer dizer, o capitalismo, por questões de sobrevivência e hegemonia, influencia a instância de regulação por excelência, o direito. E este direito altamente técnico, aparentemente auto-suficiente e auto-criado, porta importante função dentro do sistema capitalista.

O direito, em clássica conceituação, é ao mesmo tempo aparelho ideológico e repressivo do Estado, sendo este entendido como um aparelho que garante “pela força (física ou não) as condições políticas da reprodução das reações de produção, que são em última instância relações de exploração”¹¹⁹. Aqueles funcionam através da ideologia, entendida como uma concepção do real criado de forma interessada à consecução de objetivos políticos.

A repressão do direito é dada, claramente, pelas sanções e repercussões negativas imputadas ao sujeito que descumpre as normas, ou que não privilegia a correta aplicação da lei. Já o conteúdo ideológico desse sistema, que se encontra difuso não só no Estado, mas também na sociedade, fundamenta a legitimidade e a

¹¹⁸ MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 2ª ed. Lisboa: Estampa, 1989, p. 111-112.

¹¹⁹ ALTHUSSER, Louis. *Posições 2. Aparelhos Ideológicos de Estado*. Rio de Janeiro, Graal, 1980, p. 62 e ss.

necessidade desse corpo de normas. Quer dizer, atua em relação de complementaridade para a consecução de sua função, reafirmar a necessidade do modo de produção capitalista, e da sua vigência política, econômica e jurídica.

O que se ressalta aqui não é a existência do elemento *ideologia*, ou a extensão dessa mesma *ideologia*, até porque incompatíveis com as noções foucaultianas as quais servem de referência para o presente trabalho. Para os fins propostos no presente estudo o fundamental é a percepção de que mesmo o direito sendo instituído pela legalidade, e sendo a lei, por princípio, um elemento racional, fruto de uma “evolução” científica, isso – a lei – inevitavelmente escamoteia interesses obscuros, os quais estão absolutamente vinculados ao modo de produção vigente (capitalismo), e ao funcionamento regular do ente estatal. Sendo a noção de ideologia outra forma de explicar esses condicionantes da lei.

Antônio Pedro BARBAS HOMEM mostra, por outro lado, um fundamento absolutamente interessante para que o sistema privilegie o continuísmo e evite alterações legais importantes:

O fim da lei é a justiça. Logo, a aprovação de uma lei é justificada pelo fato de ser justa. Quando se aprova uma alteração, no fundo reconhece-se que afinal a lei não era justa. De futuro, a comunidade vai poder encarar a legislação existente igualmente como um resultado apenas transitório, mas não a expressão de princípios inquestionáveis, pelo que a desconfiança nas leis e nos governantes que as aprovam e o risco de desobediência são o corolário da mudança constante de leis.¹²⁰

Esse é o Estado Democrático de Direito, aquele o qual possuiu um conjunto de normas jurídicas legitimamente colocadas pelo poder político (através de processos democráticos), e, por consequência, legitimamente observadas pelo Estado e pela Sociedade Civil. Ressalvando-se que sua escolha, a escolha pela lei representa a definição de um modelo.

A Lei – o Direito – portanto, garante essa conformação moderna do Estado. Segundo Celso Fernandes CAMPILONGO, na conceituação liberal esse Estado

¹²⁰ HOMEM, Antônio Pedro Barbas. *A Lei da Liberdade*. Vol. 1. Introdução Histórica ao Pensamento Jurídico. Portugal: Principia, 2001, p.160.

Democrático de Direito representa a consolidação de três elementos: o princípio da legalidade – *o império da lei estatal*; o princípio da publicidade – o qual se refere à transparência dos atos do Estado; o princípio do equilíbrio e do controle entre Poderes. Entretanto, o elemento preponderante, o mais relevante, é a legalidade¹²¹.

Apenas com o intuito de demonstrar a relevância desse instrumento para o direito, e finalizar o tema, importante rapidamente mencionar qual estatuto recebe esse elemento dentro do direito. Ora, a Lei, é a Fonte do Direito por excelência, quer dizer, trata-se do modo principal pelo qual o direito é produzido e observado em determinada coletividade. Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR esclarece:

Na dogmática analítica contemporânea, tem relevância especial, no que concerne às fontes, a noção de *legislação*. Isso ocorre sobretudo no direito de origem romanística, como é o caso do direito europeu continental e dos países latino-americanos de modo geral. Legislação, *lato sensu*, é o modo de formação das normas jurídicas por meio de atos competentes. (...) Nos regimes constitucionais, com base na Constituição, são elaboradas *leis*, que, no quadro geral da legislação como fonte, são de essencial importância. As próprias constituições costumam garantir-lhe uma preeminência na forma de um princípio: ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. É o princípio da legalidade¹²².

Assim, fica evidenciado o caráter preponderante da legislação – Princípio da Legalidade – em nosso ordenamento jurídico, e sua absoluta proeminência para a regulação social.

4.4 Lei e Poder

A lei, o direito formalizado em um corpo legislativo, interessa sobremaneira para o modo de produção capitalista, na medida em que se apresenta como aparelho ideológico do Estado, reproduzindo o seu próprio modelo. Exatamente essa a feição do legalismo: garantidor do modelo de poder vigente. Michel MIAILLE ressalva qual o

¹²¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. 2ª edição. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p.112.

¹²² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, p. 228-232. Ressalve-se apenas que o autor, na seqüência do texto, adentra a própria definição de lei e a distingue de norma, sendo esta uma *prescrição* e aquela o revestimento estrutural dessa prescrição o que a torna norma jurídica.

fundamento para a colocação da lei no centro de influência para o estabelecimento do direito “A lei não tem, pois, qualidades tais que force as «civilizações» a adoptarem-na em virtude apenas da autoridade de sua racionalidade. Se, efectivamente, hoje, ela parece reinar em quase todos os países, é que estes passaram a ser dominados pelo capital, em circunstâncias em que essa passagem carecia de centralização, precisão e generalidade de aplicação” ¹²³.

A Lei não é o adágio científico que a ciência do direito apresenta; é um instrumento de controle, de manutenção de posições sociais e da estrutura de Estado. Há, portanto, a necessidade de um perene corpo de lei que, aparentemente, dê estabilidade as relações sociais, e consolide sua legitimidade, “O papel do direito ou das leis é o de fazer com que a dominação não seja tida como uma violência, mas como legal, e por ser legal e não violenta deve ser aceita” ¹²⁴.

Já foi ressaltado, consoante acima abordado no capítulo referente às mediações entre poder soberano e poder disciplinar, que a lei integra os mecanismos de poder, os quais permeiam nossa sociedade, se apresentando a todo o momento dentro do poder soberano influxos, influências, do poder soberano. Ou, em linguagem mais direta (e talvez rasa), o poder disciplinar também se utiliza da lei.

Relacionando-se esse construto – lei – com Estado, Nicos POULANTZAS apresenta o pensamento de Michel FOUCAULT como absolutamente essencial na análise daquilo que realmente significa essa lei; e qual seria o seu conteúdo. Em seu trabalho “*O Estado, o Poder, o Socialismo*”, POULANTZAS analisa a lei dentro da materialidade institucional do Estado, quer dizer como elemento constitutivo da realidade estatal, e fundamental para o estabelecimento de um poder central.

A lei é parte integrante da ordem repressiva e da organização da violência exercida por todo Estado. O Estado edita a regra, pronuncia a lei, e por aí instaura um primeiro campo de injunções, de interditos, de censura, assim criando o terreno para a aplicação e o objeto da violência. E mais, a lei organiza a leis de funcionamento da repressão física, designa e gradua as modalidades, enquadra os dispositivos que a exercem. A lei é, neste sentido, o *código da violência pública organizada*. A negligência do papel da lei na organização do poder é constante naqueles que ignoram o papel da repressão

¹²³ MIAILLE, M. Obra citada, p.219.

¹²⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4ª edição. São Paulo: RT, 2003, p. 201.

física no funcionamento do Estado; Foucault especialmente, como se vê em sua última obra, *A vontade de saber*, seqüência lógica de peregrinações em *Vigiar e Punir*. Esquematizando, pode-se estabelecer a cadeia do raciocínio de Foucault da seguinte maneira: a) o binômio legalidade-terror é errado, pois a lei sempre acompanhou o exercício da violência e da repressão física; b) o exercício do poder nas sociedades modernas baseia-se muito menos na violência-repressão aberta do que nos mecanismos, mais sutis e considerados “heterógenos” à violência, das disciplinas¹²⁵.

Todas as construções científicas e dogmáticas, acerca da lei esfacelam-se quando se pensa nas reais condições e interesses que se apresentam como manipuladores da lei. Grupos de pressão, monopólio de conhecimento, são apenas dois exemplos do conteúdo efetivo das leis, e o direcionamento dado já na produção de uma norma jurídica.

¹²⁵ POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o Poder, o Socialismo*. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.74-75.

5 APLICAÇÃO DO DIREITO

5.1 O Estado-juiz

O conjunto de normas jurídicas existentes possibilita aos cidadãos saber aquilo que pode ou não ser realizado, o que é permitido e o que é proibido. As leis, mais precisamente seu conteúdo normativo, é o que garante estabilidade às relações sociais, e erige quais condutas são censuradas ou privilegiadas pelo direito¹²⁶.

Sua existência prende-se à necessidade de se estabelecer uma ordem que permita a vida em sociedade, evitando ou solucionando conflitos, garantindo a segurança nas relações sociais e jurídicas, promovendo a justiça, a segurança, o bem como, com o que também garante a realização da liberdade, da igualdade e da paz social, os chamados valores fundamentais e consecutivos da axiologia jurídica. Seu objeto é, em suma, o comportamento das pessoas, que se visa disciplinar ou orientar de acordo com os valores fundamentais de cada grupo social¹²⁷.

Não obstante essa necessidade de estabelecer-se uma ordem, cotidianamente a mera abstração legal, a existência de uma lei, não garante de modo seguro que a conduta ali descrita está sendo e será observada. Ocorre que em determinado grau de desenvolvimento (ou involução) de uma Sociedade, não basta a existência de uma regra genérica para que os cidadãos a observem.

Fundamental, para o respeito ao direito, prever-se uma estrutura a qual garantirá a certeza de que a norma violada será recomposta ou que, ao menos, será analisada a necessidade de sua aplicação. Violada a lei, surge uma pretensão de direito material, a qual se refere à possibilidade de exercício de um direito de ação através da busca do Estado-juiz (judiciário), para que ele recomponha o desequilíbrio apresentado concretamente pela violação da norma.

¹²⁶ Ressalve-se que a lei não se confunde com a norma jurídica, sendo aquela o instrumento formal de estabelecimento de uma norma jurídica, leis são os textos (sinais lingüísticos) que portam conteúdos normativos (AMARAL, F. Obra citada, p.56); justamente por isso o uso indistinto de norma jurídica e lei, no presente trabalho, refere-se a uma forma de apresentar uma só realidade: a regra de conduta (prescrição) estabelecida mediante o instrumento estatal da lei.

¹²⁷ AMARAL, F. Obra citada, p.56.

De extrema importância essa atuação estatal por representar uma extensão e a efetivação das normas abstratamente estabelecidas. Somente através dessa atividade pode o cidadão se assegurar de que o direito está sendo observado e respeitado, concedendo-lhe uma sensação de igualdade e de ser ele integrante de uma comunidade política. Como pontua Francisco AMARAL “o direito existente não depende, na sua integralidade, de um poder legiferante, mas é conformado pela vida, pela prática de sua aplicação. Não deve considerar-se como objeto previamente dado e construído, mas um processo de construção permanente”¹²⁸. Aplicar o direito, portanto, é tanto concretizar uma previsão abstrata quanto conformar e adequar essa mesma abstração ao concreto, ao real, ao vivo.

Essa atuação cabe ao Poder Judiciário, através do exercício de importante influência sobre a sociedade. Significa o direito enquanto realidade concreta atuando e conformando diretamente a conduta dos indivíduos, a partir de uma pretensa autonomia em relação às pressões externas exercidas por outros campos. No limite, e por isso, estrutura-se uma realidade que coloca a preponderância funcional do direito nas decisões e escolhas realizadas pelos indivíduos julgadores. O *sentido imediato do mundo* é dado dessa maneira, e possibilita expandir a legitimação desse dado, estabelecendo um *consensus* acerca do significado do mundo social, a fim de reproduzir e manter a ordem social¹²⁹.

Logo, a atuação dos tribunais é dotada de uma funcionalidade política – acima do nível lógico – o que os torna ideologicamente comprometido com a cultura dominante, possibilitando que interesses particulares sejam apresentados como universais. Realiza uma violência simbólica de imposição daqueles interesses. A visão dominante de mundo impõe essa significação ao outorgar ao Poder Judiciário essa autoridade de definidor do direito. Pode-se afirmar, não sem o risco de cometer excessos, que o direito aplicado possui uma visibilidade maior. Jeremy WALDRON pontifica a especificidade e o novo (ou atual) estatuto dos tribunais em cotejo ao antigo império do legal:

¹²⁸ AMARAL, F. Idem, p.51.

¹²⁹ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 8ªed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, pg. 9-10.

Pois o fato é que, embora o positivismo jurídico tenha tradicionalmente dado lugar de distinção à legislação como base do direito, os positivistas modernos estão muito menos interessados nisso do que no processo pelo qual o direito é desenvolvido nos tribunais. Eles sustentam a visão tradicional de que o direito é definido positivamente em função da sua fonte institucional (não da qualidade moral do seu conteúdo), mas as instituições em que se concentram são os tribunais, não as legislaturas¹³⁰.

Cotidianamente vê-se um embate em torno da defesa da pluralidade da produção jurídica em detrimento da tradicional tendência reducionista de identificar-se o direito com a produção de normas pelo Estado, ou, em especial, com a pontual atuação estatal na definição concreta desse direito. O discurso do “Estado democrático de direito” sempre se mantém válido e auto-sustentável, como que imune a quaisquer reivindicações por novas demandas sociais.

Justamente por isso, é possível aduzir que esse órgão aplicador do direito possui uma carga simbólica de autoridade e poder. Afinal, em uma Sociedade como a nossa, sem importantes instrumentos de fiscalização e conscientização institucional, não se espera o espontâneo cumprimento das normas jurídicas, ou o controle por órgãos de fiscalização. Assomando-se quase como única esperança o socorro ao Poder Judiciário para o exercício ou proteção de um direito existente.

Assim, no Estado Contemporâneo, enquanto ele produz normas para o regramento social, o desrespeito a essas previsões legislativas deve ser submetido ao Poder Judiciário mediante a apresentação de demandas (medidas judiciais); o que instaura uma instância de resolução de conflitos objetivando a estabilização das relações sociais.

O direito, então, mesmo sendo vislumbrado (genericamente) como o conjunto de regras legais vigentes em um determinado território, também deve ater-se a forma de sua aplicação cotidiana. Isso porque, a idéia da lei não comporta a complexa realidade social que, de fato, compõe o direito.

¹³⁰ WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.17-18.

Clifford GEERTZ apresenta bem as questões e os dilemas (*curiosidades*) que estão envoltos na tarefa aparentemente simples de dizer o que é o direito, qual o seu conteúdo:

Certamente a mais curiosa dessas curiosidades é o eterno debate sobre o conteúdo do direito; ou seja, se ele consiste de instituições e regulamentos, de procedimentos ou de conceitos, de decisões ou de códigos, de processos ou de trabalho, que existe praticamente em qualquer parte do mundo onde nos deparemos com uma sociedade humana, ou algo assim como o contraponto, que certamente não é universal.¹³¹

Inócuo discutir-se sobre o que está inserto no conceito (conteúdo) de direito. Sua materialidade histórica apresenta as matizes de cada comunidade em determinado momento. Entretanto, em que pese essa controvérsia, certamente a esfera mais presente, atuante e sentida em dilemas jurídicos é a atuação do Poder Judiciário. Em outras palavras, a importância outorgada à produção do direito por seu órgão legitimamente jurídico¹³² impera sobre os demais. A impressão que se tem, quando há uma perplexidade social a partir de uma questão jurídica, é que se trata sempre de algo afeto ao Poder Judiciário. Caso, por exemplo, a lei seja injusta (de acordo com um sentimento social) questionar-se-á porque, ainda assim, ela foi aplicada. De outro lado, se a aplicação tiver sido injusta (ou mesmo em aparente confronto com a lei), questionar-se-á porque a lei não foi aplicada.

Pode-se dizer, por conseguinte, que a instância de decisão, o órgão aplicador do direito (o Poder Judiciário), porta e emana as mais significantes repercussões dadas às questões jurídicas. Essa instância de poder detém um elemento de autoridade que se espalha e a torna responsável pelo resultado final do direito: como as regras jurídicas são tratadas e incidem nas relações sociais (como o homem se comporta a partir do direito).

¹³¹ GEERTZ, Clifford. *O Saber Local*. 8ª ed. Petrópolis: Vozes, 2006, pg. 250.

¹³² Essa legitimidade baseia-se na própria estrutura do Poder Judiciário, o qual é composto em sua totalidade por operadores do direito e jurisconsultos; diferente dos integrantes dos demais poderes do Estado.

Mesmo que a força do direito esteja no direito positivo (ao menos enquanto baluarte do Estado Democrático de Direito¹³³, e do vigente Estado capitalista), a relevância do resultado das decisões proferidas pelo Poder Judiciário adentra com muito mais notoriedade as esferas da sociedade. Quer porque a lei, afinal, sempre poderá ser questionada pelo Judiciário, quer porque a corporificação desse Poder ocorre de maneira mais fácil, através da figura dos magistrados.

Isso implica em reconhecer o elevado estatuto e a fundamental significação conferida para a produção jurídica dos tribunais, bem como sua proeminência sobre as demais instâncias do jurídico (especialmente a lei, fonte histórica por excelência do direito), ao menos enquanto poder simbólico; enquanto dotado de repercussões sociais muito mais amplas. Nesse sentido, pode-se afirmar que o direito muitas vezes acaba reduzido àquilo que esse intérprete decide, cuja carga de reconhecimento se sobressai.

Esse poder incide cotidianamente nos diferentes campos sociais tão imperceptivelmente que torna naturais suas determinações/decisões. Naturalmente se acata e se respeita aquilo que o poder define, sem que se entenda sua real significação ou mesmo se perceba os interesses subjacentes a cada definição.

A estrutura do campo jurídico confirma e reafirma essa preponderância da realização concreta do direito. Prometendo, falsamente, um poder comprometido cientificamente, vez que produzido por indivíduos – juízes – que ostentam uma presunção de idoneidade e alta qualificação técnica, os quais, pretensamente, decidem o direito aplicável sem influências de outros campos estranhos. Conjuga-se a esse fato o senso jurídico comum de que nossa ciência jurídica já atingiu um patamar de avanço e amadurecimento científicos praticamente ideais (ou ao menos absolutamente suficiente). Tudo isso labora para aceitação inconsciente da validade da produção jurídica do Poder Judiciário, sem que haja uma real preocupação com as conformações materiais e efetivas entre o produto dos reais anseios que existem no mesmo campo

¹³³ Segundo Celso Fernandes CAMPILONGO, na conceituação liberal esse Estado Democrático de Direito representa a consolidação de três elementos: o princípio da legalidade – *o império da lei estatal*; o princípio da publicidade – o qual se refere à transparência dos atos do Estado; o princípio do equilíbrio e do controle entre Poderes. Entretanto, o elemento preponderante, o mais relevante, é a legalidade. (*Direito e Democracia*, p. 112 e ss.)

jurídico, e a limitada atuação desse mesmo Poder, o qual, significativamente, representa a cultura dominante, e reafirma como valor a necessidade de se outorgar ao Poder Judiciário toda a carga de autoridade e respeito necessários a harmonização de um Estado Democrático de Direito.

O eufemismo dessa autoridade, em outras palavras, esconde o poder presente na atuação de um Poder radicalizado e comprometido com as formas legais vigentes, representativas de uma estrutura social baseada em uma pretensa harmonia entre interesses diametralmente opostos e discrepantes.

O Poder Judiciário (os tribunais) é o legítimo intérprete e definidor do direito vigente (isso é o que naturalmente aceito). O que, entretanto, oculta os verdadeiros influxos que amoldam o direito e sua legítima aplicação da força:

Assim, a força não pode se afirmar como tal, como violência sem rodeios, arbitrária, que é o que ela é, sem justificação; e é um fato incontestado que ela só consegue se perpetuar sob as roupagens do direito, fazendo com que a dominação somente consiga se impor de maneira durável na medida em que logra obter o reconhecimento, que não é outra coisa senão o desconhecimento o arbitrário de seu princípio. Dito de outro modo, ela quer ser justificada (logo reconhecida, respeitada, honrada, considerada), embora só tenha alguma chance de sê-lo contanto que renuncie a se exercer (todo emprego da força no intuito de obter seu reconhecimento acaba logrando um reforço, simbolicamente autodestrutivo, do arbítrio). Por conseguinte, poderes fundados na força (física ou econômica) só podem derivar sua legitimação de poderes insuspeitos de obedecer à força; a eficácia legitimadora de um ato de reconhecimento (homenagem, sinal de deferência, manifestação de apreço) varia em função da independência, maior ou menor, daquele que a dispensa, agente ou instituição, em relação àquele que recebe (e também do reconhecimento do qual ele próprio se sente credor) ¹³⁴.

Conforme adiante se verá com mais vagar e propriedade, o Poder Judiciário, ao produzir julgamentos, decisões, o faz a partir de um discurso influenciado pela vontade de verdade de um saber jurídico estabelecido. O direito enquanto discurso, adequando essa categoria problematizada por Michel FOUCAULT ao saber jurídico, naturalmente condiciona-se à disciplina a fim de produzir resultados padronizados, ou dentro de uma margem de previsibilidade confortável. Evitando-se o aleatório na medida em que estabelece regras para a produção desse discurso, as quais sempre (ou em sua absoluta

¹³⁴ BOURDIEU, Pierre. *Meditações Pascalinhas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p.126-127.

maioria) acarretarão resultados semelhantes, homogeneizados de acordo com as condições discursivas. “A disciplina é um princípio de controle da produção do discurso. Ela lhe fixa os limites pelo jogo de uma identidade que tem a forma de uma reatualização permanente”¹³⁵.

Essas regras condicionantes do discurso produzido incidem sobre ele exatamente para manter uma padronização do conhecimento. Assim, atualizando essas categorias, pode-se dizer que a produção do direito, mesmo podendo apresentar variáveis da maior diversidade, estão inexoravelmente fadadas a alcançar conclusões semelhantes ou muito parecidas. Porque as regras discursivas não possibilitam um amplo espectro de liberdades, uma riqueza de entendimentos, ao contrário, as intencionalidades dos indivíduos estarão em estrita consonância com o discurso jurídico produzido e vigente em determinado momento histórico.

O direito, insuspeitamente, reforça a dominação e possibilita a manutenção de poderes fundados na força. Ademais, a pretensa independência dos cidadãos que “livremente” obedecem nada mais é do que uma aceitação dos efeitos de um poder não violento que naturalizou sua atuação interessada. Assim que atua um poder, escamoteando a subjacente violência advinda do poderio físico ou econômico que impulsiona a ação aparentemente legítima de uma esfera de poder.

Na revisão da atuação do Poder Judiciário deve-se perquirir ou se tentar desvendar quais “as violências” subjacentes a essa construção do direito. Nessa posição em que se encontram os Tribunais e sua maior autoridade para revelar a toda a sociedade o que o direito é a partir da sua aplicação. Paulo de Tarso Ramos RIBEIRO aponta a complexidade da atividade da *administração da justiça*, mostrando igualmente sua importância, para ele “A administração da justiça é, assim, um conceito que transcende o exercício formal da jurisdição e a ele não se reduz, na medida em que envolve toda a produção normativa da decisão na sociedade a que atribui a qualificação do sentido institucional do justo nas relações sociais”¹³⁶. A

¹³⁵ FOUCAULT, M. *A ordem do discurso*, p. 36.

¹³⁶ RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e Processo: Razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 57-58.

administração da justiça, portanto, possui elevada representatividade e importância social.

5.2 Acesso à Justiça

Tema importante quando se fala de *aplicação do direito* é justamente quais os limites dessa aplicação. Em outras palavras, ao que se condiciona a atividade do julgador em solucionar o conflito, em aplicar o justo concreto; quais variantes atuam sobre essa mesma atividade, afinal partindo-se da figura do juiz obviamente que se parte de uma subjetividade construída, elaborada, tonificada a partir do discurso jurídico e das condições pessoais específicas desse mesmo julgador.

E justamente *aplicação do direito* perpassa pela própria idéia do *acesso à justiça*, ou como se pode acessar essa estrutura estatal especializada em recompor situações concretas (violação de direitos) e distribuir direitos. Boaventura de Souza SANTOS esclarece:

O tema do acesso à justiça é aquele que mais directamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-económica. No âmbito da justiça civil, muito mais propriamente do que na justiça penal, pode falar-se de procura, real ou potencial, da justiça. Uma vez definidas as suas características internas e medido o seu âmbito em termos quantitativos, é possível compará-la com a oferta da justiça produzida pelo Estado¹³⁷.

A idéia de *acesso à justiça* refere-se, portanto, ao processo civil, o qual traduz aquilo que o senso comum encara como afeto à justiça social, àquele sentimento que todos têm de estarem sendo tratados de modo correto pelo Estado, e de receberem a proteção desse mesmo Estado.

Mauro CAPELLETTI e Bryant GARTH esclarecem o que significa *acesso à justiça*

¹³⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*, p. 167.

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos¹³⁸.

Mas para se almejar a produção desses resultados deve-se perceber, realisticamente, os obstáculos que se apresentam. Guillermo O'DONNELL ácida e corretamente já aponta:

Na América Latina, o Judiciário (exceto quando executa procedimentos criminais que costumam descuidar dos direitos dos acusados antes, durante e depois do julgamento) é distante, embaraçoso, caro e lento demais para que os desprivilegiados tentem até mesmo ter acesso a ele. E quando eles conseguem ter acesso à justiça, as evidências, como seria previsível, apontam para várias discriminações¹³⁹.

Quanto ao tema já se parte de uma realidade difícil e consolidada. Para melhor se entender o que torna esse acesso tão tortuoso e pedregoso, impõe-se esmiuçar pontos importantes que acabam ficando imbricados (até mesmo ocultos) quando se analisa de modo superficial ou insuficiente o real. Separando-se seus elementos constitutivos, pode-se afirmar que existem quatro espécies de limites ou parâmetros: o interno, ou aquele correlato à técnica jurídica, aos avanços da ciência jurídica, quer do direito material subjacente (que tange aos direitos propriamente ditos, àquilo que os cidadãos sabem que devem observar, e aquilo que sabem que os demais não podem desrespeitar), quer do direito processual/instrumental (pertinente à forma de o Poder Judiciário atuar na composição dos litígios); e o externo, o qual analisa a possibilidade de o Estado dirimir o conflito de interesses, a partir da procura ou da possibilidade de o Estado ser acionado¹⁴⁰ - quer dizer, afeto a acessibilidade desse órgão.

Cada qual, ainda, pode ser subdividido em outro ramo no qual não se cogita em questões técnico-jurídicas, mas em questões reais de poder, de definição e imposição

¹³⁸ CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 8.

¹³⁹ O'DONNELL, Guillermo. *Democracia, violência e injustiça: o Não-Estado de direito na América Latina*. Org, Juan E. Méndez, Guillermo O'Donnell, Paulo Sérgio Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.346-347.

¹⁴⁰ Acionado aqui pode ser entendido tanto no sentido técnico de exercício do poder de ação (início de um procedimento judicial), como no sentido comum de pedir uma ação a alguém, no caso, pedir que o Estado aja para solucionar a controvérsia.

de temas, políticas, ocultamente postos e/ou privilegiados. Assim, mesmo para a esfera interna (aquela que a princípio seria eminentemente jurídica) verifica-se que questões meta-jurídicas afetam o resultado final e a atuação do Estado almejada pelos indivíduos: a decisão¹⁴¹. Igualmente, para a esfera externa, tem-se também a possibilidade de questões meta-jurídicas impossibilitarem ou restringir o pleno acesso, ou melhor, o acesso constitucionalmente garantido a todos junto ao Poder Judiciário¹⁴².

Sinteticamente tem-se, portanto, limites internos, subdivididos em técnico-jurídicos (dogmáticos, afetos à ciência jurídica) e não-técnico-jurídicos, e limites externos, também técnico-jurídicos e não-técnico-jurídicos. Ressalte-se que essa terminologia é arbitrária, mas representa quatro fenômenos absolutamente reais e que permeiam o cotidiano da aplicação do direito.

O Acesso a Justiça, por óbvio, insere-se na ótica da limitação externa, tanto ao nível jurídico quanto ao nível não-jurídico. No nível jurídico alardeia-se não existirem óbices, barreiras, para que o cidadão possa buscar a intervenção judicial. Abstratamente qualquer direito violado (ou mesmo aquele pretensamente violado), é passível de ser apresentado para que o Poder Judiciário o proteja ou o defina em caso de conflito.

Trata-se do direito de ação, o qual inclusive é fruto de desenvolvida técnica no direito processual, a qual explicaria seu conteúdo, sua extensão, enfim todas suas nuances e a sua real conformação.

Portanto, o escopo desse acesso à justiça é aquilo que o seu próprio nome já indica: possibilitar a todos que acessem ao sistema jurídico estatal de solução de conflitos.

Ocorre que do ponto de vista externo a noção de *acesso* baliza-se, historicamente, dentro de princípios liberais de constituição do Estado, o que se mostra

¹⁴¹ Ou, de acordo com a técnica processual, a sentença: ato final de um procedimento em busca da solução do conflito.

¹⁴² Consoante artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal: “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; ou seja, como corolário do Estado Democrático de Direito, e como direito fundamental, o cidadão é livre para provocar a atuação do Poder Judiciário, invocando-o quando necessário. Ocorre que, e esse é um dos objetivos do presente trabalho, nem sempre essa liberdade é plena ou, na prática, significa alguma coisa.

insuficiente, na medida em que é garantia apenas formalmente concedida, sem preocupação com a realidade. Garantia abstrata cuja efetiva ocorrência deixa de ser uma preocupação real, satisfazendo-se apenas com a sua existência. Em outras palavras, não se perquire se a concessão de uma abstrata possibilidade de realizar essa ação (acesso) é suficiente enquanto garantia fundamental de um Estado Democrático de Direito.

Esse é o problema. Porque o direito de *acesso à justiça* vem adquirindo um estatuto cada vez mais elevado, valorizando-se dentro da Sociedade. Especialmente em virtude da crescente relevância e importância que vem adquirindo o Poder Judiciário para o direito e para a Sociedade. Talvez outrora, a judicialização da vida não se evidenciasse sobremaneira, ou se assomasse suficiente o conjunto abstrato de regras jurídicas existentes vez que sua observância não demandava grandes embates cotidianos.

De qualquer forma releva notar o evidente crescimento da importância das questões judiciais dentro da Sociedade, e sua plural prevalência sobre a lei abstrata. O que é acarretado pelo insuficiente papel da legislação em garantir o respeito à observância do direito de modo abstrato.

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos¹⁴³.

O *acesso à justiça* representa o acesso a um dos poderes clássicos previstos em um Estado de Direito, “sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios”¹⁴⁴. Evidente que representa, simbolicamente

¹⁴³ CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Idem, p.11-12.

¹⁴⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p.475.

para os cidadãos, o reconhecimento de sua plena cidadania, considerando-se a importância de seus problemas (defesa de seus direitos).

Definidos os contornos da idéia de acesso a justiça, passa-se a analisar, a seguir, os seus limites.

5.2.1 Limites externos

A primeira preocupação é quanto à acessibilidade do Poder Judiciário. Quais obstáculos se apresentam para que igualmente todos possam pleitear sua atuação no caso concreto? O que é previamente exigido para que um órgão jurisdicional analise o seu problema? Quais requisitos, jurídicos ou não, obscurecem algo que aparentemente é simples?

Inicialmente tem-se aquilo que o direito propugna. Para melhor se entender, veja-se que existe a divisão entre direito “objetivo” e “subjetivo”. O primeiro é o conjunto normativo existente e posto na sociedade visando regular as relações sociais (o conjunto de normas jurídicas existentes). Ocorre que essa abstração não é suficiente, carece de efetividade justamente porque depende de um sujeito para que essas normas sejam verificadas. Surge, assim, o elemento subjetivo – direito subjetivo – referido a possibilidade de a abstração se concretizar. Francisco AMARAL explica que “Direito subjetivo é o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento” ¹⁴⁵. Somente ao instrumentalizar esse poder para exigir um comportamento ou agir de modo a solicitar a intervenção do Estado para recompor um direito é que aquela regra genérica passa a produzir efeitos concretos demandando proteção.

O direito subjetivo é, portanto, expressão de liberdade, traduzida em um poder de agir conferido a uma pessoa individual ou coletiva, para realizar seus interesses nos limites da lei, constituindo-se juntamente com o respectivo titular, o sujeito de direito, em elemento fundamental do ordenamento jurídico. Consiste, assim, no instrumento de

¹⁴⁵ AMARAL, F. Obra citada, p. 188.

realização do individualismo jurídico, tanto na vertente política, o liberalismo, quanto na econômica, o capitalismo, como se pode depreender da própria evolução histórico-doutrinária do conceito¹⁴⁶.

Apenas exercendo essa liberdade para agir é que o sujeito passa a exigir do Estado a atuação na solução do conflito, tornando-se pertinente a idéia de *acesso*. Assim, a primeira limitação para o acesso á justiça é a vontade do indivíduo em busca o Poder Judiciário, confiando-lhe a condução da questão. Em outras palavras, é o reconhecimento de um direito seu (subjeto) e a efetivação desse direito através do socorro ao judiciário.

O primeiro limite, o externo não-técnico-jurídico, refere-se, portanto, ao próprio sujeito, o qual **deve** conhecer aquilo que o ordenamento jurídico lhe proporciona, reconhecendo-se como sujeito de um direito específico, *julgando-se* merecedor desse direito e reconhecendo uma violação concreta; somente quando, então pode pensar ou cogitar em bater às portas do judiciário para ver a tutela jurídica protetiva do direito em movimento.

Aqui se está na esfera do sujeito, e da sua constituição enquanto conhecedor de seus direitos, na esfera cultural. A doutrina acima correlata ao *direito subjetivo* trabalha com abstrações e hipóteses, mas, por evidente, que no mundo real somente se pode aceitar o uso de um direito subjetivo se o seu beneficiário (e porque não também daquele que o transgride) o conhece como existente, reconhece-se na posição de detentor desse direito e interessa-se em pleiteá-lo.

Boaventura de Souza SANTOS, embasado empiricamente, aporta em importante conclusão sobre o tema

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distancia tem como causas próximas não apenas factores económicos, mas também factores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades económicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afecta como sendo problema jurídico. (...) Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação a um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a acção. Os

¹⁴⁶ AMARAL, F. Idem, p.189.

dados mostram que os indivíduos das classes baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais, mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal¹⁴⁷.

Também se podem buscar subsídios na teoria foucaultiana para entender a própria restrição (cultural e econômica) operada na circulação do conhecimento¹⁴⁸, vez que o direito é um discurso. E mais, o conhecimento do direito é um conhecimento pretensamente técnico-discursivo, mas que afeta a todos, e a todos deve afetar porque correlato as relações sociais as quais permeiam o cotidiano.

Explica-se, o direito não pode ser, como boa parte das técnicas existentes em outros ramos do conhecimento, um privilégio dos seus operadores (juízes, advogados, promotores, defensores, jurisconsultos), mas sim um conhecimento aberto, vez que correlato a um conjunto de normas jurídicas voltadas para o funcionamento concreto da Sociedade, com pretensão de no mínimo tornar o coletivo suportável.

Logo, assumindo a função discursiva do direito, e somando-se a isso a suposição foucaultiana de que “em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos”¹⁴⁹, percebe-se que o direito produz as chamadas **interdições** potencializando ainda mais a função repressora do conhecimento¹⁵⁰. Isso porque, não limita somente ao acesso ao discurso jurídico para seus aplicadores, mas para toda sociedade a qual depende de saber a quais normas devem se submeter para o convívio social.

Veja-se que tal procedimento, como o próprio termo já indica, **interdita** a verdade e a livre circulação das informações que devem atingir a todos; o que, no caso do direito, se refere exatamente ao conteúdo das normas jurídicas.

António Manuel HESPANHA, em sua mais recente obra, apresenta estudo interessantíssimo acerca dessa mesma questão: o conhecimento do direito pelas

¹⁴⁷ SANTOS, B. S. *Pelas mãos de Alice: O social e o político na pós-modernidade*, p.170.

¹⁴⁸ Sim, se o poder circula se movimenta, produz resultados/efeitos, o discurso, impregnado das intencionalidades do poder, também circula ou fica interditado conforme os desvios produzidos por quem detém esse mesmo conhecimento.

¹⁴⁹ FOUCAULT, M. *A Ordem do Discurso*, p. 8-9.

¹⁵⁰ A vontade de verdade atua para produzir *verdades* nem tão científicas, nem tão racionais, mas absolutamente condicionadas pelo poder.

pessoas comuns. O historiador português parte de vasto material de pesquisa (entrevistas) para concluir pelo baixo ou insuficiente oferecimento de meios para os cidadãos portugueses (em especial dos lisboetas) conhecerem o direito; as raízes do problema veiculam-se às mais variadas razões, gerando importantes consequências:

Como conclusão geral, anotemos a pobreza e as assimetrias sociais da informação jurídica na nossa sociedade e o modo como isto constitui, desde logo, um factor de enfraquecimento da adesão cidadã ao direito, que devia preocupar políticos e juristas. Por três razões. A primeira delas, é a desigualdade dos cidadãos perante o direito que assim se estabelece (...); a segunda, é a dependência em relação aos profissionais do direito, em que uma parte (mas apenas uma parte) dos cidadãos é colocada na sua relação com o direito; a terceira – e, porventura, a mais estratégica – é o modo como estes défices na divulgação do direito se repercutem na legitimidade social deste. Ninguém pode aderir a algo que não lhe é dado a conhecer; nem ninguém pode sentir a “camaradagem no direito” (*Rechtsgenossenheit*), como factor de integração na república, se o direito for para si um mistério¹⁵¹.

Serve como reflexão a comparação entre a realidade portuguesa apresentada¹⁵² e a realidade brasileira (já imaginada), pois em um país no qual os índices de analfabetismo funcional são alarmantes, e o acesso à informação (geral) ainda é medieval, como se imaginar o conhecimento de regras jurídicas que regulam o corpo social.

Em outro estudo Boaventura de Souza SANTOS aponta diretamente três causas que afetam a possibilidade de se buscar o judiciário, as quais estariam vinculadas ao nível de pobreza do indivíduo:

Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo um problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou ignorar as possibilidades de reparação jurídica. Caplowitz, por exemplo, concluiu que quanto mais baixo é o extrato social do consumidor maior é a probabilidade que desconheça os seus direitos no caso de compra de um produto defeituoso. Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação a um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a ação. Os dados mostram que os indivíduos das classes baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais. (...) Em terceiro e último lugar, verifica-se que o reconhecimento do

¹⁵¹ HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito*, p.298-299.

¹⁵² HESPANHA não se limita a pesquisar o acesso a informação, mas também perquire o conhecimento dos lisboetas acerca do direito, quando, então, a conclusão não é tão problemática, vez que cerca de oitenta por cento dos entrevistados têm resultado satisfatório nesse reconhecimento.

problema como problema jurídico e o desejo de recorrer aos tribunais para resolver não são suficientes para que a iniciativa seja de fato tomada. Quanto mais baixo é o estrato socioeconômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contratar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais¹⁵³.

Portanto, o *acesso à justiça* depende, em um primeiro momento, da capacidade de o indivíduo reconhecer um direito, postar-se na condição de detentor desse direito reconhecido e do seu interesse em tentar a solução do conflito através da tutela estatal (Poder Judiciário), além de todas as outras dificuldades práticas e materiais de acesso. Ora, nada singelo para o indivíduo *querer* tentar escolher essa via.

GARTH e CAPELLETTI citam o principal estudo empírico inglês sobre o tema, o qual conclui que “Na medida em que o conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica não atendida, é preciso fazer muito mais para aumentar o grau de conhecimento do público a respeito dos meios disponíveis e de como utilizá-los”¹⁵⁴.

Realizada essa possibilidade, apresentam-se outros fatores, ainda externos, mas agora afetos à *boa técnica jurídica*, para o efetivo início de uma demanda judicial. Aqui, novamente, se socorre a ampla pesquisa desenvolvida por Mauro CAPELLETTI e Bryant GARTH, os quais apresentam alguns desses obstáculos, agrupados sob três grandes rubricas: “custas judiciais; possibilidades das partes; problemas especiais dos interesses difusos”¹⁵⁵.

As custas processuais são de responsabilidade das partes, ainda que o Estado arque com o custo da estrutura estatal do Poder Judiciário, com o pagamento de salários dos juízes e demais servidores, com a construção de estruturas físicas nas quais funcionam os tribunais, ainda assomam-se outras despesas as quais importam em dispêndio ou mesmo privação por parte dos litigantes (ora, caso o litigante não possua

¹⁵³ SANTOS, B. S. *Introdução a Sociologia da Administração da Justiça*, in *Direito e Justiça: A função social do Judiciário*. Org. José Eduardo Faria, p.48-49.

¹⁵⁴ ABEL-SMITH, B., ZANDER, M. e CASS, R. *Legal problems and the citizen*. Londres, Helnemann, 1973. Apud. *Acesso à Justiça*, p.23.

¹⁵⁵ CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Obra citada, p.15-29.

condições financeiras para realizar um ato – um laudo, um parecer – fica simplesmente tolhida dos melhores esforços em seu benefício).

No Brasil existe a figura da Justiça Gratuita, a qual possibilita que a parte não necessite arcar com as despesas, as quais seriam assumidas pelo Estado. No Paraná, especificamente, as Serventias Judiciais não são diretamente controladas pelo Estado, mas sim por Escrivães particulares os quais exercem a função por delegação, o que possibilita a eles a cobrança das custas diretamente das partes. O que faz com que processos de beneficiários da Justiça Gratuita não recebam a atenção devida ou mesmo, toda a agilidade e atenção dos demais consumidores que pagam os emolumentos.

Outro aspecto importante é correlato aos serviços jurídicos, ou seja, a atividade dos advogados propriamente dita, a qual, sem qualquer dúvida, acaba representando o maior obstáculo financeiro para as parte.

Ainda que existam as Defensorias Públicas (algumas estatais, outras vinculadas a Faculdades de Direito), elas possuem estrutura precária, com falta de mão-de-obra qualificada (muitas ficam literalmente nas mãos de estagiários de direito, por não possuírem bacharéis e advogados em quantidade suficiente), falta de recursos físicos (salas de espera adequadas, computadores, papel, etc.).

Logo, se estabelece um diferencial fundamental já na escolha dos representantes judiciais das partes (advogados). Aquele que não pode suportar o pagamento de valores importantes, invariavelmente está alijado do acesso a bancas de advocacia altamente qualificadas, as quais contêm profissionais de nome, com notória vantagem sobre os demais (são professores, doutrinadores, enfim, portam uma “respeitabilidade” e uma “robustez” intelectual que os diferencia, e qualifica seus serviços). Veja-se que no Brasil não se aceita, por ser infração ética do advogado, a prestação de serviços jurídicos de forma gratuita (*pro bono*), logo todo e qualquer profissional deve ser remunerado.

Há também, pode-se afirmar, *espécies* de Justiça. É que existem os Juizados Especiais Estaduais (integrantes da Jurisdição estadual), os quais têm por escopo o julgamento das causas de menor potencial ofensivo, assim entendidas aquelas com

conteúdo econômico limitado a quarenta salários-mínimos, e outras situações que não demandem complexos atos judiciais (como perícias), não havendo quaisquer espécie de custas processuais (a não ser para demanda recursal). Sua estrutura é simplificada, bem como a forma dos atos processuais ali praticados norteiam-se por princípios menos formalistas. Também apresenta o advogado como figura desnecessária para questões de menor valor (vinte salários-mínimos).

Em suma, trata-se de uma estrutura simples criada para resolver conflitos simples, com uma evidente menor onerosidade para as partes. Mas o que importa analisar é que mesmo essa estrutura acaba não solucionando os obstáculos acima mencionados porque se trata de jurisdição, repita-se, com escopo na simplicidade, o que não é suficiente para, primeiro, afastar o receio de se procurar o Judiciário, segundo, as limitações culturais dos cidadãos.

Paralelamente, apresenta-se também o fator tempo, o qual demanda uma longa espera para a parte ter ou ver o seu direito satisfeito. Um procedimento judicial acarreta um desgaste psíquico e financeiro por conta dessa demora. Quem não possui condições materiais estáveis para aguardar indefinidamente a solução fica vulnerável e suscetível, e muitas vezes acabam cedendo ou a um mau acordo, ou mesmo a um esgotamento de ações já pela ausência de fôlego.

Outro elemento é a habitualidade com a qual a parte utiliza a máquina judiciária para tutelar seus interesses, sendo que essa maior familiaridade pode acarretar:

- 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitua tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidade de desenvolver relações informais com membros da instância decisora; 4) ela pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; 5) pode tentar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros¹⁵⁶.

Evidente as vantagens colhidas pela “experiência” de reiteradas e sucessivas demandas do litigante habitual em relação ao litigante eventual.

¹⁵⁶ CAPELLETTI, M. e GARTH, B. Idem, p.25.

Outra dificuldade é atinente a defesa de interesses difusos, os quais não se encontram concentrados, ou não são de titularidade de apenas um indivíduo, mas sim de toda a coletividade (meio ambiente, por exemplo). O direito, ainda que já tenha concebido instrumentos de tutela específicos, os quais poderiam satisfazer situações análogas (Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo), não capacita seus operadores de modo satisfatório para que possam adequadamente proteger aqueles interesses.

Existem, também, outros fatores complicadores para o *acesso à justiça*, os quais se apresentam de acordo com peculiaridades concretas, mas com um fundo comum. Pode-se afirmar que “os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses”¹⁵⁷.

Obviamente que quando o dano é pequeno (aparentemente irrelevante), atinge direito pessoal não patrimonial (ou de cunho econômico diminuto), os problemas se assomam (ir) relevantes, sendo potencializados no caso concreto pelos obstáculos já mencionados.

Tudo isso apresenta um mapeamento das dificuldades iniciais para o *acesso à justiça*, especialmente aquelas consideradas do ponto de vista externo, quer dizer, antes da ocorrência das medidas envolvidas finalisticamente para o efetivo ato de julgar, de aplicar o direito na situação específica.

5.2.2 Limites Internos

Superada a *acessibilidade* ao Poder Judiciário, inicia-se, um procedimento judicial orientado para uma solução: sentença com resolução de mérito – quando o julgador analisa efetivamente o conteúdo da relação material envolvida; sem resolução

¹⁵⁷ CAPELLETTI, M. e GARTH, B. Idem, p.28.

de mérito – quando há um elemento prejudicial para a análise do mérito, e a decisão se apresenta na forma de não-julgamento do conflito.

Ultrapassou-se, portanto, os obstáculos anteriores relativos ao início da provocação ao poder judiciário, e a *ação judicial* inicia-se. Aqui, consoante alinhavado anteriormente, o percurso não é menos difícil, ou mais claro. Permeia-o uma série de percalços e inconvenientes afetos, agora, ao direito propriamente dito, melhor dizendo, à técnica processual regente e mediadora do real.

Por primeiro, ou por mais evidente, incidem as technicalidades, as regras balizadoras das condutas dos litigantes. Há o Código de Processo Civil, o qual sistematiza as normas oponíveis aos envolvidos em processo judicial, impondo que os representantes judiciais (advogados) ajam de acordo com ele.

Para o início do processo deve o demandante (Autor) valer-se de uma petição inicial, cujo receituário é encontrado no artigo 282 do Código de Processo Civil. Sem a observância dessa fórmula, ainda que todos os obstáculos externos tenham sido enfrentados e superados, o juiz não iniciará o processo, exigindo o cumprimento dessa technicalidade. O Autor deverá também fazer um pedido, pedir algo ao judiciário, por exemplo, ou que o demandado seja condenado a indenizá-lo, ou a pagá-lo por um crédito, enfim, deverá o Autor antecipadamente estabelecer aquilo que almeja, pois somente isso é que poderá, no limite, ser entregue ou reconhecido pelo julgador.

Ocorre que essa técnica, ainda que clara, lógica, fruto dos avanços científicos da moderna doutrina processual, promove distorções e acarreta dificuldades cotidianas. Isso porque, seu perfeito cumprimento depende, primeiro, de algo imponderável (ou de difícil conhecimento por um leigo): a capacidade técnica do patrono das partes. Somente um procurador capacitado para seguir o regramento é que poderá produzir o melhor resultado possível na demanda judicial.

Por oposição, caso se escolha um profissional que se equivoca na *técnica* isso muito provavelmente importará no não acolhimento da pretensão levada ao Judiciário. O que, socialmente, produz a irresignação do cidadão ali envolvido, o qual não aceita que seu pedido de indenização (exemplificadamente) não foi reconhecido porque as

ofensas a ele dirigidas não foram graves o suficientes para gerarem a condenação do ofensor. Isso apenas para apresentar um exemplo banal, mas igualmente forte.

Exatamente aqui, quando a técnica faz um desfavor, um desserviço para o direito é que se percebe o maniqueísmo técnico-processual, e seu potencial destrutivo, ou produtivo de fissuras nas vidas concretas.

Não bastassem essas e outras regras existentes, os Tribunais através de seus reiterados julgados formam a chamada Jurisprudência também acerca de temas ligados ao acesso à justiça. Não só julgam ou determinam se uma das partes é quem tem razão, e não só produzem decisões analíticas do conflito propriamente dito. Também *se preocupam* em determinar a acessibilidade para os litigantes em processo judicial.

Um exemplo recentíssimo é a novel legislação processual a qual trata da chamada *Repercussão Geral*. Esse instituto implica na necessária demonstração da relevância quando se maneja um recurso para o Supremo Tribunal Federal. Esse tribunal tem por atribuição ser o guardião da Constituição, quer dizer, todas outras decisões que violem ou não observem as normas insertas em nossa Constituição Federal estariam sujeitas à revisão mediante o manejo pela parte interessada do chamado Recurso Extraordinário. Entretanto, com o advento da Emenda Constitucional nº. 45/04 acresceu-se no artigo 102 da Constituição Federal, parágrafo terceiro, o qual determina que somente se analisará recursos e se decidirá, quando o caso concreto que se apresente portar uma representatividade coletiva e geral (a repercussão geral) ¹⁵⁸. Somente se a demanda traduzir situação de elevado interesse nacional (geral) dos cidadãos é que o Supremo Tribunal Federal “perderá seu tempo” para o acertamento da situação. Por óbvio que a interpretação e extensão do termo *repercussão geral* será dada pelo próprio tribunal, o qual será o responsável por definir quais questões são de relevo e de interesse gerais. Já todos os demais recursos, que

¹⁵⁸ Da análise dos artigos inseridos no Código de Processo Civil para regular a matéria extrai-se dois fundamentos os quais permitem seja considerada a presença de Repercussão Geral: relevante questão do ponto de vista econômico, político social **ou** jurídico, o qual extravasa os interesses subjetivos da causa; e quando o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. A primeira definição de Repercussão Geral, pode-se dizer, refere-se a uma questão que não seja afeta somente ao interesse das partes, e que contenha discussão relevante sobre tema econômico, político, social ou jurídico. Logo, somente é merecedor de ser discutida a tese jurídica que represente um impacto na coletividade, questões pontuais, pessoais específicas, não merecem passar pelo filtro constitucional.

serão reputados *sem repercussão geral*, sequer serão analisados pelo tribunal ainda que sua decisão contenha grave inconstitucionalidade.

Ao se definir que somente aquilo que é de interesse geral, coletivo, é passível de análise pela instância judiciária maior (Supremo Tribunal Federal), ao se definir que a forma de atuação em um processo judicial deve seguir um receituário, ou fórmulas técnicas, a legislação lança mão de expediente disciplinar. Padroniza a forma de apresentação de interesses, e se desinteressa por outros que não souberam se utilizar do conjunto de regras técnicas estabelecidas. Coloca-se, a técnica, em posição seletiva para se admitir a relevância ou não de um direito material. Em outras palavras, não basta existir concretamente um direito lesado carente de proteção, ele, ainda, deverá estar devidamente traduzido e representado de acordo com o que o discurso jurídico determina. Sem esse prévio acordo com a técnica discursiva não se admite o socorro ao Poder Judiciário.

Trata-se a jurisprudência também, a toda evidência, de um mecanismo disciplinar mediante o qual se recorta o real. Afinal, a existência de reiteradas decisões tradutoras de um mesmo posicionamento judicial acerca de questões fáticas semelhantes, aponta no sentido de ser o discurso jurídico plenamente exitoso em sua tarefa de perpetuar a produção de um saber vinculado a uma vontade de verdade e a um poder. Ser o direito interpretado de modo semelhante por diferentes sujeitos julgadores reforça estar o discurso jurídico afinado na produção de subjetividades em detrimento da potencial existência de julgamento aleatórios e, por que não, indesejáveis.

Indica que o discurso conseguiu normalizar, disciplinar, o conhecimento e a produção de verdades a partir das interdições postas para manter as restrições na formação de subjetividades, perpetuando resultados discursivos muito próximos.

Dentro da técnica, e exatamente de acordo com os propósitos da presente pesquisa, já se pode vislumbrar a atuação da disciplina, a qual estabelece – pelas normas jurídicas – e quais são os conteúdos aceitos como válidos.

Os exemplos e as situações de apuro técnico exigidos pela ciência processual são muitos, e não menos indignantes ou representativos do tolhimento de direitos

efetivos. O mais importante, para as finalidades do presente estudo, é apontar a existência e a frequência desse fenômeno: limites internos, jurídicos, para o pleno exercício do direito de ação e da busca pela aplicação do direito no caso concreto.

Já a segunda espécie de limitação interna (não-jurídica) para o *acesso à justiça*, refere-se a elementos menos palpáveis, menos identificáveis. Quer dizer, até agora se está tratando de texto de lei, de normas jurídicas as quais prevêm tecnicidades produtoras de limites intencionais ou não. Agora, passa-se aquilo que o direito (o ordenamento jurídico) ignora, ou tenta não estudar para não precisar aclarar importantes condicionantes na atividade de julgamento.

A jurisdição, função pública de acerto de conflitos, contém, como fundamentos basilares insertos na ciência processual civil, tanto a obrigação de observância da lei quanto à pressuposição da neutralidade de julgador. A própria noção de aplicação da justiça impõe a figura de um terceiro distante aos fatos para acertar o caso concreto¹⁵⁹, através da fria aplicação da lei. São essas condições para o exercício da jurisdição. Ovídio A. Baptista da SILVA esclarece:

que as notas essenciais, capazes de determinar a jurisdicionalidade de um ato ou de uma atividade realizada pelo juiz, devem atender a dois pressupostos básicos: a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo juiz, que o realiza por dever de função; o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir, ao passo que o administrador deve desenvolver a atividade específica de sua função *tendo a lei por limite de sua ação*, cujo objetivo não é simplesmente a aplicação da lei ao caso concreto, mas a realização do bem comum, *segundo o direito objetivo*; b) o outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de *terceiro imparcial* em que se encontra o juiz em relação ao interesse sobre o qual recai sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse que tutela por meio de sua atividade¹⁶⁰.

A atividade do julgador, por excelência, demanda a observância da lei e sua condição de estraneidade aos interesses em jogo. Tecnicamente falando é essa a postura e as exigências apresentadas para o julgador em sua atividade jurisdicional. Ocorre que essa atividade de julgar através da lei e de modo imparcial limita-se por

¹⁵⁹ Mesmo Aristóteles ao tratar da chamada Justiça Particular Comutativa, apresenta a necessidade desse terceiro, agente capaz de solucionar e definir o conflito.

¹⁶⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Processo de Conhecimento, p.40.

questões atinentes à subjetividade do julgador. Não é mais crível se acatar passivamente a idéia da desumanização de um julgador que é um indivíduo imerso na realidade, sofrendo influxos das mais variadas informações, e construído dentro uma determinada estrutura social.

Para se perceber a falácia da neutralidade pode-se fazer um exercício especulativo para se perceber que qualquer indivíduo se depara cotidianamente com o ato de julgar. Não se está falando do exercício de um poder (jurisdição), mas em escolhas concretas realizadas por todos os indivíduos durante a vida. Aonde estudar (qual colégio ou universidade é melhor, ou possui a melhor estrutura que me possibilitará capacitar-me), qual profissão seguir, com quem casar (ou se unir), ter ou não filhos, enfim uma serie de decisões que representam julgamentos.

Todas essas escolhas de qualidade durante a vida representam julgamentos. Mesmo assim, não há uma homogeneização das escolhas dos indivíduos. Quer dizer, os indivíduos, a maioria, não escolhem os mesmos colégios as mesmas profissões, mas sim optam de modo individual de acordo com seus interesses, sua formação, sua condição social.

Da mesma maneira se processa o ato de julgar, agora sim se cuida do exercício do poder jurisdicional. Não é crível aceitar-ser que o julgamento, a decisão judicial, é mero ato de subsunção, de adequação da norma ao caso concreto. Não é crível aceitar-se que a decisão judicial – ato emanado de um indivíduo – não carregue subjetividades, frustrações, cargas emocionais, tudo aquilo que todos (consciente ou inconscientemente) se utilizam para realizar suas escolhas.

Veja-se que a presente desmistificação não tenta reduzir a complexidade desse fenômeno, quer a questões econômicas apenas, quer a questões absolutamente subjetivas, mas se abre de modo tranqüilo à pluralidade de influxos a que se sujeita o indivíduo julgador (e todos os demais integrantes do seio social).

Rui PORTANOVA, em obra clássica acerca do tema cujo nome, *Motivações ideológicas da sentença*, já revela o seu teor e sua preocupação, desmascara qualquer pretensão de neutralidade desse sujeito, constituído sempre historicamente. Mas vai

além e inicia sua análise pelo pertencimento do legislador, do produtor da lei, em relação a sua sociedade:

O legislador pertence ao aparelho do Estado e é oriundo dos grupos mais fortes, que por isto mesmo empalmam o Estado. Assim, nunca legislará contra a sua ideologia, que será, por extensão, a ideologia do próprio Estado. Ninguém legisla contra si próprio: “Nenhum legislador é suicida” (Aguilar, 1984, p.8).

A classe burguesa dominante dita as regras do jogo. Institui *seu* ordenamento legal impregnado de ideologia e de privilégios gozados somente pelos próprios que integram a classe que domina (Roenick, 1988, p.159)

E como a lei chega a tal desiderato?

Dissimulando as contradições sociais, levando a crer numa realidade substancial das instituições capitalistas, fazendo uso das funções básicas da linguagem. As leis não se limitam a “informar”, ou seja, proibir ou autorizar condutas, a estimular ou desencorajar novos comportamentos. Elas também, sutilmente, procuram “formar” a opinião dos indivíduos. E fazem isto calibrando suas expectativas, forjando seus desejos, padronizando suas reações¹⁶¹.

Nos termos do que foi esboçado em capítulo anterior, novamente percebe-se que a lei é portadora não só de variáveis afetas ao escopo maior de regulação, ou da busca de um bem comum (em referência a análises filosóficas mais profundas acerca da legislação), mas também se relaciona a interesses dos grupos representados na posição legislativa, os quais traduzem essas intencionalidades na construção e na promulgação de leis absolutamente particulares e voltadas para a salvaguarda de vantagens.

Essa, por evidente, é uma limitação interna não-jurídica a qual não é analisada de modo racional ou claro. Aplicar uma lei representativa de um interesse particular, oriunda de um grupo de pressão específico dentro da sociedade, que por um acaso histórico detém uma posição legislativa influente e importante, não pode significar que o julgador está agindo corretamente. Mesmo que, do ponto de vista da técnica jurídica, isso se afigure apropriado. “Claro, não é defeso adotar a lei ou a jurisprudência nos julgamentos. O que está fora de cogitação é repetir a lei sem reflexão sobre o justo no

¹⁶¹ PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da sentença*. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.66.

caso concreto e sem apreciação adequada às necessidades sociais, econômicas e políticas da época”¹⁶².

Superada a questão da aplicação da lei, ainda persiste um tema para análise absolutamente vinculada ao resultado da aplicação do direito: a neutralidade do julgador e dos operadores do direito. Quando há uma escolha pela legalidade, pela aplicação da lei menos adequada, ocorre um julgamento prévio de procedimento (quais regras estão valendo para esse jogo; quais regras poderão ser aplicadas aos participantes); trata-se de uma primeira decisão carregada de valores e de escolhas. “O juiz que não tem valores e diz que o seu julgamento é neutro, na verdade está assumindo valores de conservação. O Juiz sempre tem valores. O juiz tem que ter a sinceridade de reconhecer a impossibilidade de sentença neutra (...)”¹⁶³.

Pontifique-se que o escopo da presente análise é, portanto, a figura do administrador da justiça, o juiz¹⁶⁴, e elementos sobre ele incidentes, os quais podem condicionar o resultado final da sua atividade. Como esse sujeito passa a ser objeto de preocupação do estudo da sociologia da administração da justiça, e passa a estar no centro do campo analítico, começaram a surgir algumas conclusões ou constatações antes não ventiladas.

Por importante, deve-se ressaltar que as ciências em geral não se arrogam neutras. Nem mesmo um conjunto de conhecimentos e as atividade que os desenvolve coloca-se em posição de neutralidade. Portanto, sendo o direito uma ciência, um conjunto de conhecimento de determinada ramo, igualmente não se pode aceitar qualquer pretensão de neutralidade. Logo, como premissa de qualquer saber científico já se sabe, de antemão, ser impossível o seu produto (conhecimento) ser neutro, ou isento de subjetividades dos seus operadores.

¹⁶² PORTANOVA, Rui. Idem, p123.

¹⁶³ PORTANOVA, Rui. Idem, p.73.

¹⁶⁴ Não se escusando de culpa os demais operadores do direito – advogados, procuradores, promotores de justiça, defensores públicos – os quais também atuam de modo pouco adequado, gerando imensas dificuldades para a aplicação do direito quando utilizam expedientes protelatórios, equivocados, tudo para tentar beneficiar seus representados ou clientes, em busca da “vitória”, a qual pode representar uma derrota da administração da justiça. Mesmo feito essa ressalva, a limitação da pesquisas aos julgadores, por ora, se apresenta mais adequada quer pelo pertencimento desses sujeitos ao Estado (que possui o poder-dever de atuar jurisdicionalmente), quer pelo seu evidente afastamento da Sociedade; o que não pode passar despercebido a partir da sua elevada responsabilidade.

É justamente essa a observação de Boaventura de Souza SANTOS em relação à ciência, e suas pretensões de *objetividade* e *neutralidade*. Para o pensador português não existe nem objetividade nem neutralidade absoluta, sendo precipuamente tarefa das teorias críticas pós-modernas pressuporem que o conhecimento é sempre contextualizado pelas condições que o tornam possível¹⁶⁵.

Boaventura de Souza SANTOS indica, em outro local, que na atividade de julgar as decisões e suas fundamentações variam de acordo com a “origem de classe, a formação profissional, a idade ou, sobretudo a ideologia política e social dos juízes”¹⁶⁶, a história pessoal, as condições específicas de cada indivíduo importam em praticamente qualquer situação a qual demande a realização de escolhas, dentre as quais o ato de julgar. Uma segunda consequência é a completa desconstrução da idéia de neutralidade do julgador; a este incumbiria pretensamente fazer justiça por estar acima e equidistante das partes, mas se percebeu (a partir de estudos empíricos) que se pode correlacionar as ideologias políticas dos julgadores com as suas respectivas posturas nos relatórios, sentenças, em domínios da sua atuação jurídica, quer dizer o modo de agir profissional estava carregado de elementos da convicção pessoal de cada julgador; já outros estudos apontam “em que medida as características sociais, políticas, familiares, econômicas e religiosas dos magistrados influenciaram a sua definição da situação e dos interesses em jogo no processo e conseqüentemente o sentido da decisão”¹⁶⁷. Tudo isso, para Boaventura de Souza SANTOS, aponta na direção da necessidade de o julgador abandonar a pretensão de isenção para assumir ativamente sua formação, reconhecendo-se e percebendo suas opções pessoais, e o significado político do corpo profissional ao qual pertence, para que possa vigiar sua *neutralidade*, através de uma postura crítica e consciente¹⁶⁸.

Fernando RUIVO, em estudo sobre o aparelho judicial, apresenta ainda outro elemento que influi, ou se apresenta na atividade do julgador, mas que não tem uma explicitação tão fácil, nem são absolutamente evidente. É o modo no qual o indivíduo

¹⁶⁵ SANTOS, B. S. *A Crítica da Razão indolente*. Vol.1. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002, p.31-32.

¹⁶⁶ SANTOS, B. S. *Introdução a Sociologia da Administração da Justiça*, in *Direito e Justiça: A função social do Judiciário*, p. 51. (Acesso à justiça...org. José Eduardo Faria).

¹⁶⁷ SANTOS, B. S. *Idem*, p.52.

¹⁶⁸ SANTOS, B. S. *Idem*, p.53.

recebe a *educação jurídica*, condição fundamental para o ingresso na profissão, e que carrega modelos imanes de modos de intervenção; assim, o julgador poderá se apresentar mais rígido ou mais flexível em suas intervenções de acordo com os métodos utilizados em sua educação jurídica¹⁶⁹.

Essa mesma educação também deve ser analisada sob outra ótica, afeta a seu conteúdo, àquilo que efetivamente é repassado para os futuros operadores do direito. Especialmente, quanto à significação das funções do próprio direito e dos julgadores dentro da estrutura judicial. José Eduardo FARIA apresenta-os como fatores para a crise de legitimidade do Judiciário, e como causas para a sua discrepância em relação ao social, pois:

de forma alguma se pode desconsiderar o do questionamento dos princípios ideológicos da cultura jurídica nacional, especialmente aqueles segundo os quais o direito seria neutro; a norma, ponto de equilíbrio entre interesses conflitantes; e os juízes, meros executores de operações lógico-formais. Por quê? Porque a grande dificuldade com que essa cultura hoje se defronta, entre nós, é sua incapacidade de explicitar o poder social das significações jurídicas, a fim de esclarecer como os pontos de vista imanes e formais (que comandam a produção da ciência do direito entre nós) expressam funções sociais específicas, enquanto elementos constitutivos dos efeitos materiais da lei na sociedade¹⁷⁰.

Muito além da já questionada neutralidade do direito, da norma e dos juízes, a própria cultura jurídica que transmite esses mesmos ideais produz resultado efetivos, na medida em que deixa de apresentar o verdadeiro poder social desses significados para o direito, e seu potencial de produção de pontos de vista. Em outras palavras, quando o sistema diz que a norma é isenta de interesses, que o direito é neutro e que o julgador atua quase que mecanicamente para a solução dos litígios, amolda o operador jurídico (por omissão intencional ou não), o formata a comportar-se de modo harmônico a esses mesmos *dogmas*, o que implica na assunção de uma postura que irá, por consequência, privilegiar a norma como isenta, privilegiar o direito como neutro, e

¹⁶⁹ RUIVO, Fernando. *Aparelho judicial, Estado e legitimação*. In *Direito e Justiça: A função social do judiciário*. Org. José Eduardo Faria, p.73.

¹⁷⁰ FARIA, José Eduardo. *Ordem Legal x Mudança Social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado*. In *Direito e Justiça: A função social do judiciário*. Org. José Eduardo Faria, p.107-108.

aceitar, o julgador, que sua atividade se resume a uma técnica de execução de operações lógico-formais.

Assim, mesmo que se consiga ultrapassar as limitações da norma, do direito e da função do julgador, de nada isso adiantará ou surtirá resultado caso a cultura jurídica também não modifique ou atualize esses elementos, a fim de produzir novos operadores libertos desses pré-conceitos absolutamente diacrônicos.

Dentro da questão da cultura dos operadores jurídicos importantes limitações ou acomodações do real são dadas, novamente, pela noção de discurso trabalhada por FOUCAULT. Veja-se que existe a formação de uma doutrina, dentro da qual são selecionados os saberes, utilizando-se dessa seleção tanto para se vincular os sujeitos que fazem parte de uma determinada comunidade discursiva (na espécie isso se refere aos operadores jurídicos, formados de acordo com a tradição formal legalista) exigindo delas o uso exclusivo desse conhecimento, quanto para se distribuir e se diferenciar esse discurso dos demais, os quais não conseguiriam operá-lo ou acessá-lo, restringindo aos seus operados essa mesma doutrina.

(...) a doutrina questiona os enunciados a partir dos sujeitos que falam, na medida em que a doutrina vale sempre como o sinal, a manifestação e o instrumento de uma pertença prévia – pertença de classe, de status social ou de raça, de nacionalidade ou de interesse, de luta, de revolta, de resistência ou de aceitação. A doutrina liga os indivíduos a certos tipos de enunciação e lhes proíbe, conseqüentemente, todos os outros; mas ela se serve, em contrapartida, de certos tipos de enunciação para ligar indivíduos entre si e diferenciá-los, por isso mesmo, de todos os outros. A doutrina realiza uma dupla sujeição; dos sujeitos que falam aos discursos e dos discursos ao grupo, ao menos virtual, dos indivíduos que falam¹⁷¹.

Logo, o discurso jurídico ao mesmo tempo seleciona aqueles que poderão estar presentes na sua produção e reprodução, limitando o verdadeiro acesso somente a eles, participantes de um comunidade formada dentro dos mesmos parâmetros de conhecimento, detentores dos mesmos postulados, o que permite e os aprisiona nesse saber. E paralelamente exclui os outros saberes de serem válidos e aptos a ingressarem no discurso jurídico.

¹⁷¹ FOUCAULT, M. *A ordem do discurso*, p. 42-43.

De acordo com as limitações desse saber discursivo selecionado, recortado, os operadores jurídicos assimilam o conhecimento do direito já, na origem, permeado de interesses e produzido com uma vontade de verdade formal legalista. O que acarreta, de modo quase inevitável, a contínua reprodução e manutenção desse mesmo saber, o qual mantém as mesmas condições doutrinárias. “Todo sistema de educação é uma maneira política de manter ou de modificar a apropriação dos discursos, com os saberes e os poderes que eles trazem consigo” ¹⁷².

¹⁷² FOUCAULT, M. *Idem*, p. 44.

6 DIREITO E BIOPODER

Escorçado o pensamento de Michel FOUCAULT acerca do poder, da norma (jurídica ou não), e da realidade da aplicação do direito e seu antecedente, acesso à justiça, impõe-se a tarefa mais árdua: forçar as categorias foucaultianas a partir do direito. Trata-se de tarefa jamais realizada pelo próprio autor francês, para quem, notoriamente, simplificar o poder ao direito seria um modo de limitar a riqueza do real. Para ele o direito não estaria em uma posição *menor* no que toca as relações de poder cotidianas, mas sim em outro plano, a saber, o institucional do Estado, cujos interesses e preocupações não possuem a mesma diversidade do real. O direito, simplificadamente pode-se dizer, seria um dos locais no qual o poder apresenta-se em plena operatividade.

Logo a “não-preocupação” foucaultiana em estudar o fenômeno jurídico não se deve a uma condição de inferioridade, mas somente a uma escolha em privilegiar categorias mais genéricas, em detrimento da especificidade normativa, legal do direito, sem dúvida, muito menos rica (ao menos para um filósofo).

Feita essa primeira precaução metodológica, a de que a análise das relações de poder intrínsecas ao direito não são (por ausência) inadequadas aos postulados de Michel FOUCAULT, deve-se atentar para uma segunda precaução. Aquela relativa à divisão metodológica que se faz entre *Sociedade Disciplinar* e *Sociedade de Segurança*. Ora, mesmo que se expliquem ambas sempre em oposição uma a outra, trata-se de recurso didático somente, vez que, de fato, ainda que em determinados momentos históricos ou a *Soberania* ou a *Disciplina* esteja em maior evidência e seja mais prevalente do que a outra, ambas permeiam as relações sociais e estão totalmente presentes na cotidianidade dos indivíduos de modo, às vezes, paralelo, às vezes, conjunto, às vezes sucessivo. Em suma, e consoante se tentará demonstrar no presente capítulo, é absolutamente possível e real que em uma dada situação concreta o poder soberano se encontre parcializado, potencializado, prejudicado pela *disciplina* em suas mais variadas formas. E esse é, inclusive, o principal escopo do presente trabalho:

anotar e ressaltar quando isso ocorre, ou seja, quando o poder *soberano* (jurídico) atua em bases disciplinares.

Aqui, portanto, já se pede uma espécie de licença “poética” (filosófica) ao autor em comento, porque seu pensamento será levado ao limite especulativo, ou até para além dessa fronteira, exatamente para tentar frutificá-lo a partir do direito. Mas sempre, na medida do possível, tentando ser fiel as teorizações e aos instrumentos legados por FOUCAULT. De sorte que com isso cumpre-se o objetivo sugerido pelo próprio autor, ou extraído de seu pensamento:

O próprio Foucault teria ficado surpreso ao ver o destino de seus livros. Surpreso, mas não necessariamente descontente. Ele gostava de dizer que não cabe ao autor prescrever a maneira pela qual deve ser lido. Um autor faz um livro; não tem de fazer, ao mesmo tempo, a lei do livro. Foucault também desejava que suas obras fossem caixas de ferramentas, que cada um usaria de acordo com suas necessidades e seus objetivos¹⁷³.

François EWALD, com muita propriedade e acuidade filosófica, vai demonstrar a total possibilidade de o direito ser teorizado pelo *método* de Michel FOUCAULT, mas para isso postula o desprendimento do operador de alguns hábitos.

Inicialmente, deve-se entender que ele (FOUCAULT) postula pela inexistência do *direito*; quer dizer não há nada além do nome, da palavra *direito*, não há uma essência, uma substância, mas somente *práticas*, práticas jurídicas sempre particulares, não se assomando o *direito*, por isso, como elemento fundamental de uma sociedade. Não há como se obter uma definição do direito, pois qualquer tentativa em definir resulta em distinguir e identificar práticas jurídicas (localizáveis historicamente), mas sem um conteúdo (conceito) universalizável¹⁷⁴.

Por segundo, o direito deve ser encarado como uma prática da razão. O que demanda reconhecer que a juridicidade de condutas, fenômenos, não é dada pela própria essência, mas a partir do respeito e da observância de formalismos e procedimentos, os quais culminaram na produção do direito (de uma prática

¹⁷³ ERIBON, Didier. *Michel Foucault e seus contemporâneos*. Trad.: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 16.

¹⁷⁴ EWALD, François. *Obra Citada*, p. 60.

considerada como jurídica). É a regra do juízo, a qual prevê que basta ser o juízo extraído de uma fonte reconhecida pelo direito, para receber a rubrica de jurídico.

Não há dúvida de que, na prática, basta que um juízo derive de uma fonte reconhecida do direito para que leve o carimbo de jurídico, mas a teoria das fontes do direito, ela própria específica de uma dada ordem jurídica, depende do tipo de racionalidade que, numa certa conjuntura histórica, torna possível o direito. Para uma ordem jurídica dada, o “direito” encontra-se menos nos enunciados normativos que na regra que os constitui como jurídicos¹⁷⁵.

Como o mesmo François EWALD diz é necessário, para que o direito exista, que haja um *direito do direito*, regras que informem procedimentos para sua formação¹⁷⁶.

Feitas essas acomodações, a primeira colocando em suspenso a idéia de *direito*, e a segunda desvelando a origem do jurídico, pode-se afirmar que se está pronto para analisar o direito de outro modo, de um modo real, encarando-o não mais como ciência altamente técnica e privilegiada, isenta, neutra, mas como parte das relações reais nas quais naturalmente há a circulação do poder. Nas quais são produzidos discursos, e nas quais há forte conteúdo político-normalizador.

6.1 Aplicação Estratégica do Direito (Poder)

Feitas essas acomodações, a primeira colocando em suspenso a idéia de *direito*, e a segunda desvelando a origem do jurídico, pode-se afirmar que se está apto para o início da análise das relações existentes ou não entre direito e poder disciplinar.

Consoante visto anteriormente, a sociedade disciplinar se vale de práticas cotidianas para que o poder circule e incida sobre os corpos individuais, o que age em paralelo, ou sem prejuízo, do conjunto de regras postas pelo Estado através do ordenamento jurídico. Quer dizer, ao mesmo tempo disciplina e soberania produzem efeitos de poder. Não obstante a isso a dificuldade é identificar justamente o poder disciplinar nas instâncias juridicamente válidas, naqueles momentos os quais o direito

¹⁷⁵ EWALD, François. Idem, p.61-62.

¹⁷⁶ EWALD, François. Idem, p.62.

estaria sozinho e em plena vigência, mas que, na verdade, não opera de modo isento, neutro e sem comprometimento político. Episódios esses representam, por um lado, a harmonização entre disciplina e soberania e, de outro, a própria negação do soberano pelo seu condicionamento ao disciplinar.

Quando a *soberania* utiliza mecanismos jurídicos para atuar, reforça a idéia da possibilidade de uma existência conjunta à *soberania*, mas também nega essa própria soberania porque a instrumentaliza diferentemente. Aqui se percebe quais os locais em que poderia a soberania assomar, atuando por dentro do direito, ou revestido de formas jurídicas que lhe dêem um conteúdo de *soberania*. Em outras palavras quando o jurídico se revela não mais jurídico, mas sim *disciplinar*.

Márcio Alves da FONSECA delinea bem o projeto foucaultiano apresentado em *Vigiar e Punir*, e que se refere, igualmente, ao estudo do poder disciplinar em uma estrutura jurídica (instituições prisionais):

Seu problema não seria aquele de escrever uma história do Direito Penal, mas lançar um olhar em diagonal sobre a história das formas de punição, a fim de encontrar os objetos não necessariamente jurídicos que a compõem. Seriam precisamente esses os objetos “não exclusivamente jurídicos” que lhe interessariam. Por detrás, abaixo ou no interior das formas punitivas haveria uma certa “economia” de poder que as sustentaria e que lhes daria seu real significado. Tal “economia” de poder deve ser entendida como um certo “arranjo”, uma certa forma de “organização” e de “agenciamento” de poder, que envolve uma série de práticas e de técnicas, um conjunto de saberes e discursos que, num momento dado, têm um significado uniforme e coerente¹⁷⁷.

A par de toda a discussão já travada acerca da inexistência de uma preocupação com o direito, percebe-se que o foco de estudo recai justamente sobre aqueles interstícios *soberanos*, nos quais se apresenta um *não-poder-jurídico*¹⁷⁸. Por essa

¹⁷⁷ FONSECA, M. A. Obra citada, p. 123.

¹⁷⁸ CAPELLETTI assim trata temática relativa aos aspectos não técnicos da aplicação do direito: “Profecias”, política, ideologia: o que tudo isso – é cabível a pergunta – tem a ver com o processo civil? Justamente esta pergunta me conduz a um último ponto que eu desejo analisar. Na verdade, o processo civil tem sido, tradicionalmente, considerado um ramo extremamente técnico do direito, o ramo técnico por excelência; e como mera técnica o processo civil tem sido, geralmente, estudado e ensinado. Só mui raramente são analisados os seus fundamentos ideológicos, as suas premissas filosóficas, e seus reflexos político-sociais. (*Processo, Ideologia e Sociedade. Vol.I*, p. 364). Ainda que o termo *ideologia* não possa ser aplicado ao presente estudo, importante apresentar essa preocupação do autor com relação a tudo o que o direito tecnicista ignora; o que na presente espécie é apresentado como os elementos não jurídicos do direito.

passagem fica claro, primeiro, que o poder soberano pode se organizar por postulados, instrumentos, práticas, técnicas, não soberanas, e, segundo, que é absolutamente correto pensar-se o imbricamento entre essas duas esferas de poder.

Consolidada a pertinência do presente estudo, volta-se para a ocorrência real desse duplo *soberania-disciplina*, quando o direito, a aplicação do direito, ocorre ou se realiza por instrumentos disciplinares em um primeiro momento.

Questão cara ao direito é justamente a circulação do poder estatal representado pelo ato de dizer o direito no caso concreto. A efetiva subsunção do fato à norma, aquilo que permite aos cidadãos receber uma *lei concreta*, representada por uma sentença judicial ou por uma decisão correlata ao problema apresentado ao Poder Judiciário.

Pode-se afirmar que o exercício da jurisdição representa momento importante na realização do direito. Ainda que a *lei* porte elementos ideológicos, ou represente interesses de nichos sociais específicos (não importando, neste momento, quais interesses), de nada adiantaria ou nenhum efeito prático seria produzido caso o *ato final interpretativo*¹⁷⁹ do direito, a decisão jurisdicional, também não se adequasse a esses interesses.

Avançando-se neste tema Carlos Augusto SILVA revela esse viés estratégico do direito, em especial da atividade de dizer o direito, a *jurisdição* enquanto exercício de poder:

A jurisdição, na qualidade de ser o reflexo do poder do Estado, encarrega-se de fornecer a tutela jurídica estatal, salientando-se como o *locus* privilegiado da interpretação, aplicação e imposição do direito. A jurisdição encarna uma atividade estratégica de suma importância para a consecução das metas estatais. O direito tem sido o instrumento utilizado para a implementação das políticas governamentais, mas

¹⁷⁹ Segundo Karl LARENZ “A interpretação da lei e o desenvolvimento judicial do Direito não devem ver-se como essencialmente diferentes, mas só como distintos graus do mesmo processo de pensamento. Isto quer dizer que já a simples interpretação da lei por um tribunal, desde que seja a primeira ou se afaste de uma interpretação anterior, representa um desenvolvimento do Direito, mesmo que o próprio tribunal não tenha disso consciência; assim como, por outro lado, o desenvolvimento judicial do Direito que ultrapasse os limites da interpretação lança mão constantemente de métodos «interpretativos» em sentido amplo” (Metodologia da *Ciência do Direito*. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989, p.443-444).

de nada valeria se não fosse confirmado pela esfera estatal encarregada de conceder a última palavra sobre ele: a jurisdição¹⁸⁰.

Lei e aplicação do direito se apresentam estrategicamente harmônicas, ou a função jurisdicional mantém, ao menos, um respeito institucional por aquela, pois mesmo que não a descumpra, a simples utilização de instrumentos técnicos para uma não-decisão são suficientes para a confirmação desse mesmo direito. Mesmo quando, aparentemente, a decisão não foi produzida (por alguma deficiência da técnica) ainda assim se está diante da negação do direito, porque a abstenção, a não-decisão, igualmente nada resolve, nada julga, mas ao decidir por “não-decidir” igualmente exarou uma decisão.

Pode-se, sistematicamente, voltar-se para a análise do *acesso à justiça*, esmiuçando-se as limitações postas ao direito. Especialmente aquelas qualificadas, no presente trabalho, como não-jurídicas; cujo conteúdo se assoma em posição de estranhamento em relação às leis, ou às regras existentes acerca do direito e do direito do direito (processo civil). Ainda que o conjunto normativo do “direito do direito” revele-se de maior riqueza analítica, porque se trata de formalidade prejudicial ao exercício pleno de direitos, o escopo primordial do presente estudo é voltar-se para as questões não-jurídicas e a produção de interdições, parcializações, limitações e deformidades na aplicação do direito.

6.2 Limites Internos e Disciplina

Ao se falar em limites internos à aplicação da justiça, questão primordial é a propalada *neutralidade do julgador*, o qual, em posição eqüidistante das partes (sem qualquer proximidade indevida em relação a uma delas), fria e tecnicamente decide. Pode-se afirmar, sem receio de exagerar-se, que esse seria o *padrão* desejável de um julgador, o qual não representa um risco ou ameaças à ordem jurídica, exatamente porque *respeita* o direito legislado (tão bem legislado!). A Lei, produto estatal

¹⁸⁰ SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia e Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.72.

soberano altamente racionalizado, assim não terá sua vigência e extensão abaladas por um *mero* sujeito.

Por primeiro, deve-se reconhecer que esta lei, representadora do direito, está carregada de estratégias e interesses, vez que exercício de poder. No nível legislativo, portanto, se assoma uma primeira função política do direito, balizada por limites específicos:

O poder, afirma Foucault, é uma situação estratégica. Onde há poder, há resistência, e esta não é exterior à relação de poder, mas interior a ela. Não há poder sem dominador, tampouco há poder sem dominado. A única coisa que não pode fazer o primeiro com o segundo é eliminá-lo, porque eliminaria assim seu próprio poder, que se estriba, precisamente, em sua preponderância no interior da reação estabelecida. Uma relação, ademais, mutável e histórica. Esta circunstância explica que o poder não se expressa em atos de pura negatividade. Por isso o direito proíbe, mas permite; censura, obriga a falar; ordena, mas convence; impõe, mas persuade. O direito como discurso de poder se desenvolve então com o sentido que os membros da relação – indivíduos, grupos ou classes – conseguem impor-lhe no desenvolvimento de suas próprias e contraditórias estratégias históricas¹⁸¹.

A posição estratégica do julgador, enquanto representante da instituição Poder Judiciário responsável pela aplicação do direito, já lhe confere a condição de dominar, impor, exigir que os demais sujeitos (jurisdicionados ou cidadãos sujeitos às suas decisões) respeitem as suas escolhas, tecnicamente denominadas decisões. Essa legitimidade imanente à sua figura de detentor de um poder atua conjuntamente à legitimidade natural conferida pela lei ao julgador, reforçando os mecanismos de poder e tornando invisíveis as relações disciplinares que perpassam por ele.

Dessa forma, essa ferramenta estratégica – lei – produz sobre o *sujeito julgador* coerções, interdições discursivas oriundas de sua formação intelectual, de seu pertencimento social, cujo resultado é decisões absolutamente *legais* (baseadas no direito, no ordenamento jurídico), e legitimadas justamente por isso, mas, de fato, calcadas em externalidades e elementos não-jurídicos prejudiciais.

Nesse primeiro momento pode-se afirmar que existe em nosso meio um padrão de julgador. Um padrão que o direito estabelece para aqueles que assim são reputados.

¹⁸¹ CÁRCOVA, Carlos Maria. *Direito, Política e Magistratura*. São Paulo: LTr, 1996, p.141-142.

Esse sujeito deve respeitar a lei e ser *neutro*, no sentido de não se envolver nos problemas a ele levados, nem deixar de realizar sua função de aplicador da lei. Ocorre que se trata de um modelo herdado de um momento histórico muito específico, com necessidades e preocupações peculiares, o que torna perigosa a manutenção dessa mesma característica. José Eduardo FARIA e José Reinaldo de Lima LOPES pontuam bem esse conteúdo histórico do termo.

O fato político determinante da idéia de neutralidade pode ser situado na Revolução Francesa. A Assembléia determinou que os juízes, magistratura do rei, não poderiam verificar a legalidade dos atos revolucionários. Com isto, isolava-se o Judiciário da arena política. Todavia o Brasil jamais chegou a conhecer uma revolução liberal, de modo que nunca se discutiram explicitamente as raízes políticas este postulado da neutralidade. Criou-se, pouco a pouco, um sentimento difuso de que os juízes são funcionários especiais do Estado, mas não são membros de seu poder político. A existência de tribunais superiores, capazes de reformar decisões e agir disciplinarmente sobre os juízes de primeira instância, também dá oportunidade a pensar que só eles, tribunais superiores, são efetivamente órgãos político do Estado¹⁸².

Apolítico, neutro, isento, tudo isso serve de adjetivo para se qualificar esse juiz, tecnicamente respeitável, mas alheio à realidade, e ao conteúdo material e efetivo dos problemas a ele apresentados. A especialidade da função de julgar é somente a vislumbre da técnica jurídica, e o respeito à lei.

Ocorre que, já de plano, desloca-se no tempo esse conceito e característica do julgador. Hodiernamente não se admite mais qualificar o ato de julgar como burocrático, ou, se assim se admite, não se aceita que a burocracia possa ser um ato técnico somente. Em ambos, entranhados, estão interesses, escolhas, a formação de cada sujeito, o discurso vigente, em suma caracteres humanos de um ato essencialmente humano, percebe-se que “a neutralidade e a imparcialidade do Judiciário não passam de uma ficção cultivada por uma cultura jurídica isolada e idealista”¹⁸³. Evidente, portanto, que além do deslocamento temporal desse conceito, e também está deslocado na ciência pós-moderna, com preocupações muito mais amplas.

¹⁸² FARIA, J. E. e LOPES, J. R. L. *Pela Democratização do Judiciário*, in *Direito e Justiça: A função social do Judiciário*. Org, José Eduardo Faria, p.165.

¹⁸³ FARIA, J. E. e LOPES, J. R. L. *Idem*, p. 161.

Deve-se igualmente perceber o caráter político das decisões judiciais e o seu alcance social. Não se trata de um ato isolado produtor de uma decisão específica que atinge dois, ou uma quantidade um pouco maior de indivíduos. Trata-se de uma escolha feita pelo órgão máximo de aplicação e conhecimento do direito, o Poder Judiciário. As suas decisões não são jamais meros consectários da lei, ou simples acertamento de um caso concreto por aquela. Portam, carregam significações muito mais amplas, as quais repercutem politicamente produzindo expectativas de resultado. “Afinal, o que são as jurisprudências dominantes senão programas políticos vitoriosos no âmbito dos tribunais?”¹⁸⁴. O que implica em aceitar uma postura específica em detrimento de uma série de outras.

Quer dizer, ao se saber da orientação jurisprudencial ou da tendência em ser determinado direito acatado e privilegiado pelo Judiciário, isso implicará, para os *litigantes habituais* (aqueles acostumados a litigar, e que contam com estrutura para busca judicial de interesses) modificar ou não sua postura, sua atuação, ou acatando essa orientação, ou buscando novas formas de resistência. Igualmente, e de acordo com a repercussão que seja dada ao conteúdo desses julgamentos (o que também dependeria de fatores pouco claros, como a mídia e seu interesse em divulgar e dar ampla publicidade a uma determinada tendência judicial), pode-se atingir a grande massa da população, dando a ela a expectativa de alcance dessa proteção jurídica. Quando na verdade o que ocorreu não foi o reconhecimento ou a criação de um direito, mas a escolha política por um resultado específico dentro de um litígio, ou a aceitação de um discurso como correto.

Ocorre que ao se falar em discurso, para quem sempre vislumbra as teorizações foucaultianas, impositivo não se pensar na produção desse mesmo discurso, nas intencionalidades as quais permearam o surgimento de uma *verdade* (pensada como o resultado discursivo produzido dentro de um saber), na modelagem dessa conclusão a partir do poder que perpassa os indivíduos participantes desse jogo político e jurídico.

Ora, a definição, o acertamento entre aquilo que as partes litigantes (as partes em um processo) apresentam ao julgador, esse conflito de interesse, está carregado de,

¹⁸⁴ FARIA, J. E. e LOPES, J. R. L. Idem, p.163.

como o nome já aponta, interesses. E a escolha entre qual desses discursos deverá ser privilegiado e escolhido como verdade será influenciado pelo exercício discursivo de cada uma das partes, as quais apresentaram elementos de suporte suficientes para a produção de um resultado que lhes seja favorável. Em outras palavras, a escolha do julgador – julgamento, sentença – já nasce e se desenvolve condicionada ou influenciada pelos dois discursos apresentados.

Não se trata de um conhecimento exercido diretamente a partir do sujeito julgador, quem se utilizaria tranqüilamente de sua bagagem de conhecimento para a decisão do caso concreto. Ao contrário, o julgamento é decisão de conflito de interesses, de uma batalha discursiva entre as partes, cada qual apontando em direção discrepante, o que, inexoravelmente, importa para a decisão final, e igualmente perpassará o sujeito julgador.

Essa posição fincada no real, inserta nas apresentações discursivas das partes interessadas, já impossibilita, de início, falar-se em neutralidade ou isenção do julgador no exercício regular de sua atividade.

Paralelamente, voltando-se para a formação pessoal de cada operador do direito, impõe-se reconhecer que um juiz com formação liberal, que tenha em seu nicho social hábitos, ou um histórico de respeito ou maior tolerância à diversidade, certamente produzirá sentenças, decisões, com uma maior preocupação aos direitos fundamentais, especialmente aqueles correlatos ao pleno exercício da liberdade e da igualdade. Aqui, em um primeiro, esta se referindo à formação jurídica propriamente dita. Roberto FREITAS FILHO explica a correlação entre os tipos de formação dos sujeitos operadores do direito e o mais importante deles, o juiz:

Já vimos que a formação do ator jurídico é orientada em dois sentidos paralelos, um que confere uma significação teórica ao Direito, outra que confere a significação ideológica ao mesmo. O juiz é formado segundo os mesmos cânones e possui as mesmas características positivas e negativas advindas de tal formação. A tradição positivista normativista com a ênfase na interpretação lógico-formalista do Direito produz, também no julgador, um tipo de visão do Direito na qual sua atividade se resume, em tese, à subsunção dos casos concretos às hipóteses normativas. Já a formação liberal, no que concerne aos valores que acompanham toda a formação

acadêmica do juiz, faz com que o mesmo defenda os princípios da liberdade e igualdade¹⁸⁵.

Intimamente vinculada à formação jurídica (ou necessariamente vinculada), apresenta-se a forma pela qual o julgador operará com esses ferramentais a ele entregues. Nesse momento, o contexto discursivo, as categorias que implicam na formação de um saber interessadamente parcializado pelo poder, a criação de regras, o domínio do aleatório e do material em prol de uma previsibilidade discursiva, se assomam totalmente presentes e incidentes concretamente. O que possibilita a formação de um conjunto discursivo dentro de um saber – o saber jurídico – absolutamente restrito pelas condições de poder. Em um Estado com viés liberal, o direito por ele produzido matiza-se com essas mesmas colorações. Por consequência, o saber jurídico por ele produzido forma uma base de sustentação desse mesmo Estado, viabilizando e protegendo os mecanismos que lhe interessa. Em suma, o direito e o seu *saber* fundamentam-se na proteção de direitos individuais, tanto do sujeito de direito, quanto do sujeito julgador e sua plenipotência em acertar o caso concreto utilizando-se da ferramenta legal.

A operação jurídica de aplicação do direito, como acima demonstrado, depende de um sentimento pessoal do julgador em ou seguir a lei e aplicá-la de modo pleno e integral, reduzindo sua atividade a uma regra de subsunção (se a Lei A, se o fato B, por consequência aplica-se C), ou em mediatizá-la de acordo com princípios outros de privilegiamento da liberdade, igualdade (por exemplo). Esta escolha anterior quanto ao caminho a ser privilegiado não é prevista por uma regra de direito, por uma lei, por uma norma jurídica, imposta ao julgador. Isso, obviamente, baseia-se em condições pessoais, como formação ideológica, política, social, e mesmo em uma herança acadêmica dada pela faculdade na qual frequentou esse ator jurídico, a qual poderá ter-lhe dado uma formação legalista, plural ou libertária.

Ocorre que todos esses elementos, ausentes no direito legislado, afastados da preocupação legal, assomam-se de fundamental importância para esse mesmo direito legislado no momento em que ele será aplicado. Pois, repita-se, determinará o

¹⁸⁵ FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Juspositivismo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.54.

resultado, o produto jurídico final. Nesse ponto cabe mencionar crítica e sugestão feita à formação jurídica de todos os operadores e não só dos julgadores, afinal “não são os juízes apenas que precisam de novos ares culturais; são as escolas de juristas que precisam tanto de um banho de modernidade quanto de maior abertura para problemas socioeconômicos complexos, os quais vieram para ficar” ¹⁸⁶.

Cotejando-se esses elementos concretos com as teorizações de Michel FOUCAULT pode-se naturalmente perceber a presença de caracteres do poder disciplinar, da normalização do sujeito. Por primeiro incide o *discurso*, com sua produção de um saber interessado, recortado pelo poder, o qual somente permite sejam viabilizadas teorias científicas coadunadas com aquilo que lhe interesse.

A manutenção de um discurso jurídico científico da *legalidade*, do respeito à lei como forma de respeito a um Estado Democrático de Direito, abarca ocultamente o desejo de um Estado em ter sua produção legislativa (como visto, interessadamente produzida) sobreposta à atividade dos julgadores e dos jurisconsultos, absolutamente capazes de decidir de acordo com as mazelas específicas do caso concreto, privilegiando ou não a lei. Isso, pois, a fundamentação jurídica a qual dá suporte para as decisões judiciais, é passível de portar os mais variados e diferentes elementos, em detrimento da orientação única da lei. A produção do discurso da legalidade é constituída por uma vontade de verdade, a qual aporta na necessidade de o legal ser o verdadeiro, para isso lança mão de uma base institucional de proteção e reforço. FOUCAULT apresenta o aparato que o discurso edifica:

Ora, essa esta vontade de verdade, como os outros sistemas de exclusão, apóia-se sobre um suporte institucional: é ao mesmo tempo reforçada e reconduzida por todo um compacto conjunto de práticas como a pedagogia, é claro, como o sistema dos livros, da edição, das bibliotecas, como as sociedades de sábios outrora, os laboratórios hoje. Mas ela é também reconduzida, mais profundamente sem dúvida, pelo modo como o saber é aplicado em uma sociedade, como é valorizado, distribuído, repartido e de certo modo, atribuído ¹⁸⁷.

¹⁸⁶ FARIA, J. E. e LOPES, J. R. L. Obra citada, p.166.

¹⁸⁷ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*, p.17.

Ora, a escolha pela supremacia da lei já se apresenta na formação dos operadores do direito, já está no cotidiano das escolas de direito, as quais se utilizam de um discurso dominante, permeado pela “verdade da lei”. O sujeito julgador já nasce disciplinado por esse conhecimento e de acordo com seu discurso legal, o que contribui para que o conhecimento do direito esteja constantemente recortado, interditado, pela vontade de verdade dominante. Pelas condições doutrinárias eleitas pela comunidade jurídica e política em determinado momento histórico, formadoras das regras discursivas, o direito, sua potencialidade de conhecimento já se limita a essas mesmas condições e praticamente impõe as conclusões a serem atingidas.

A regra jurídica escolhida para o julgamento é, *verdadeiramente*, a mais correta ao caso concreto. A essa operação mental realizada pelo julgador subjaz a intencionalidade discursiva da produção de um conhecimento *verdadeiro*. O discurso jurídico dominante indica ser correto, ou mais científico, o julgador escolher pela lógica formal subsuntiva ao invés de percorrer caminhos incertos, aleatórios, que não venham a produzir o resultado esperado. Esse saber é constituído como poder, no sentido de ratificar e legitimar as estruturas existentes, funcionando como mais uma instância de consolidação da dominação. Não traz falso conteúdo, necessariamente (isso não importa), mas sim monta *saberes* a partir de interesses outros que não são os mais apropriados, ou que possuam maior comprometimento científico.

Outra limitação interna apresentada é correlata ao apuro técnico para ser o caso concreto apreciado. Ao domínio do discurso para o pleno exercício de direitos, o qual está na posse de juristas que possam ter tido acesso a uma educação de qualidade, e condições materiais, sociais em acessar as tecnologias mais desenvolvidas.

Somente o profissional que detenha o discurso científico qualificado como correto para a reivindicação de direitos é que pode garantir ao cidadão (seu cliente) possibilidades mais amplas de êxito e de recebimento pleno das pretensões insatisfeitas. Sem essa qualificação a própria perseguição desse direito se mostra prejudicada. Novamente as condições discursivas se assomam fundamentais para o *acesso à justiça*, sendo seu respaldo jurídico fundamental.

Na correlação verdade/poder, poder/saber se apresentam consecutivas limitações incidentes sucessivamente, maximizando-se um resultado míope. O discurso jurídico formata-se pelo poder, e produz juristas aptos a reproduzir esse saber, tanto enquanto ciência (ensino jurídico), como enquanto técnica de solução de conflitos, e acertamento do caso concreto, no qual se envolvem as partes e seus advogados (então, imersos nesse mesmo discurso) e o julgador, cuja função é justamente escolher a quem dar aquilo que se pede. E para isso criou-se outro discurso (processo civil), para regular a aplicação do discurso do direito (material, o qual contém efetivamente os *direitos*). Assim, o movimento se repete, e as interdições discursivas incidem novamente, agora sobre a ciência discursiva técnica para aplicação do direito, que já medeia outra técnica discursiva do direito. “Não que o saber sirva o poder, não que o saber seja sempre interessado, mas porque não há exercício de poder que não obedeça a um certo tipo de racionalidade. Michel Foucault pensa a interioridade do saber e do poder. Não há, portanto, natureza, não há essência; há práticas que obedecem a certo tipo de racionalidade e que, por essa mesma via, constituem a realidade que lhes está associada”¹⁸⁸.

O saber é racionalidade, o discurso contém uma racionalidade que permite produzir um conhecimento o qual estará sempre preso nessas condições discursivas previamente colocadas, as quais limitam o conhecimento, o resultado, e a extensão dessa operação mental.

Isso, sem dúvida, gera uma espiral na qual os operadores jurídicos ficam presos e absortos em *receitas formais*, representando a inefetividade da busca de um direito por parte da grande massa populacional, a qual se vê alijada do mundo dos direitos por questões técnico-discursivas.

Michel FOUCAULT, em artigo integrante da obra *Microfísica do Poder*, analisa a *Justiça Popular*¹⁸⁹. Em seu texto nitidamente encara a justiça nesses termos,

¹⁸⁸ EWALD, François. Obra citada, p.181.

¹⁸⁹ FOUCAULT, M. *Microfísica do Poder*, p. 39-68. Cumpre ressaltar que a discussão, realizada entre o autor e militantes maoístas, refere-se à existência de um projeto para ser criada uma *justiça popular* como forma de julgar fiscalizar a polícia; ainda assim, relevante o contraponto ao tema através da análise do *tribunal* e o seu modo de funcionamento.

concebendo-a como instância de um jogo discursivo por uma *verdade* absolutamente criada, e não simplesmente produzida de modo natural:

A minha hipótese é que o tribunal não é a expressão natural da justiça popular mas, pelo contrário, tem por função histórica reduzi-la, dominá-la, sufocá-la, reinscrevendo-a no interior de instâncias características o aparelho de Estado. (...) Será que o estabelecimento de uma instância neutra entre o povo e os seus inimigos, susceptível de estabelecer a fronteira entre o verdadeiro e o falso, o culpado e o inocente, o justo e o injusto, não é uma maneira de se opor à justiça popular? Uma maneira de desarmá-la em sua luta real em proveito de uma arbitragem ideal? É por isso que me pergunto se o tribunal, em vez de ser uma forma de justiça popular, não é a sua primeira deformação¹⁹⁰.

As condições de funcionamento de instituição baseada em discursos, em um saber totalmente interessado, praticamente selam os resultados produzidos ou esperados, realizando a aludida *deformação* entre o real (o popular) e o construto dos tribunais: decisão judicial.

A presente crítica, ainda, tem resultados mais promissores quando se evolui em conjunto com outras teorizações foucaultianas.

6.3 Aplicação do Direito e Biopoder

A presença de influxos do poder disciplinar evidencia-se especialmente na produção da subjetividade do julgador, condicionada pela circulação do poder, e na produção discursiva de um saber técnico, parcializado pelas condições de verdade desse mesmo discurso.

Ao lado dessa localização pontual do poder, no sentido de ser o julgador um indivíduo, bem como os demais operadores do direito, assoma-se fundamental uma análise complementar da operatividade desse mesmo poder, mas em níveis muito mais amplos e gerais. Em níveis que extravasam, quantitativamente, a unidade do sujeito, atingindo grandes massas ou coletividades.

¹⁹⁰ FOUCAULT, M. *Microfísica do Poder*, p.39-40.

A lei, a soberania enquanto instrumento principal das justificativas de o Estado agir, passa a ser substituída por táticas, por meios não legais de se realizar algo. A lei se baseia nela mesma, enquanto o Estado quer realizar suas finalidades através da *arte de governar*, algo balizado pelas necessidades reais, normas (não jurídicas) que estabelecem como um ente político, detentor e condutor da população, deve agir. Historicamente percebe-se, por primeiro, uma preocupação voltada para o particular, para o econômico (afeto ao *oikos*), a fim de poder, esse Estado, extravasar os limites do coletivo adentrando questões particulares, mas com repercussões gerais.

A *população* é o novo referencial e o centro das preocupações estatais, não mais a família. Aquela apresenta questões que se tornam relevantes para o Estado, é a *economia política*, o particular populacional considerado enquanto preocupação do poder estatal. O particular universalizado através do ente estatal genérico. Mas ao mesmo tempo o modelo familiar ainda permanece como modelo do bom governo, de como se deve agir para obter resultados importantes em proteção aos seus membros.

Nessa dualidade aparentemente contraditória a *arte de governar* se equilibra e assume definitivamente a opção da população, do controle das massas e das suas principais manifestações. O que implica em reconhecer-se a ocorrência da harmonização entre *disciplina* e *arte de governar*, quando o particular, o ínfimo, o fino, é trabalhado simultaneamente ao global. Quando a subjetivação passa a ser também um problema político.

Percebida a necessidade de proteção do mais importante fundamento do poder – o indivíduo – erige-se como nova preocupação a sua manutenção, a sua vida; afinal, somente em uma sociedade na qual existam *indivíduos* (em condições) é que se pode cogitar em atuação e circulação do poder. Assim, a vida passa a receber especial atenção, inicialmente enquanto elemento biológico, “A velha potência da morte em que simbolizava o poder soberano é agora, cuidadosamente, recoberta pela administração dos corpos e pela gestão calculista da vida”¹⁹¹.

Ao lado dessa inversão de valores, quando o Estado não deve mais ser o definidor da morte, mas sim o definidor (garantidor) da vida em seu amplo aspecto, há

¹⁹¹ FOUCAULT, M. *Historia da Sexualidade: A Vontade de Saber*, p. 131.

o desenvolvimento de uma *sociedade normalizadora*, quando cada vez menos o jurídico importa; passando este a ser substituído pela *norma*. A *lei* (norma jurídica) é representante da possibilidade de morte, da repressão, da negatividade do poder, logo a inversão ao *vivo*, ao bom, ao positivo, ao fomento da sua continuidade (vida) e não a sua interrupção (morte), somente pode ser realizada por esse outro instrumento: a *norma*. “A lei sempre se refere ao gládio. Mas um poder que tem a tarefa de se encarregar da vida terá necessidade de mecanismos contínuos, reguladores e corretivos” ¹⁹².

A *norma*, o regramento disciplinar cotidiano, passa a ser a forma por excelência de atuação do *governo* em relação a sua *população*. “Através de disciplinas, seguranças e da padronização industrial, a norma surgiu como uma prática da medida comum” ¹⁹³. O governo estabelece essa medida comum a fim de ter uma homogeneização de comportamentos em prol de seus objetivos.

A medida comum é uma realidade eminentemente política. É aquilo a partir do qual um grupo se institui como sociedade, aquilo que define os seus códigos, que a pacifica e lhe fornece os instrumentos da sua regulação. É também aquilo pelo qual nos batemos, discutimos e nos dilaceramos, aquilo que é preciso controlar se quisermos deter o poder e tornar-nos senhores da norma. O soberano é, desde sempre, quem define as medidas ¹⁹⁴.

Essas *medidas comuns normativas* sempre estiveram ou foram um atributo do poder político, o qual escolhia aquilo que deveria ser objeto de padronização dos corpos, da população. Essa docilização significa, portanto, a redução comportamental a um padrão específico e desejável, politicamente estabelecido.

Exatamente por isso quando se assoma primordial ao poder utilizar-se da *lei soberana*, ele carrega o seu conteúdo daquelas *medidas comuns*, possibilitando-se falar em outorga, ao direito, de elementos estranhos aos jurídicos, com forte conteúdo político e de definição de diretrizes de vida.

¹⁹² FOUCAULT, M. Idem, p.135.

¹⁹³ EWALD, F. Obra citada, p.123.

¹⁹⁴ EWALD, F. Idem, p. 124.

Nesse sentido, ao se aventar todas as limitações existentes no fenômeno do *acesso à justiça*, quer internas, quer externas, jurídicas e não jurídicas, pode-se traçar um paralelo destes com aquele elemento de vontade política subjacente à definição de *biopolítica*, interpretando a atual conformação de aplicação do direito como fruto de uma manifestação do poder político, através da arte de governar.

Por evidente que essa manifestação de *governo* pode se dar de modo omissivo ou comissivo. Quer dizer, ou através de condutas positivas, quando se age de modo intencional estabelecendo-se *leis soberanas* ou regras jurídicas, ou através da simples omissão em se corrigir uma deformidade do real ou uma interdição discursiva.

Os obstáculos externos para o *acesso à justiça*, como o desconhecimento do sujeito acerca dos seus *direitos*, entendido como déficit cultural efetivo, é fortemente influenciado, senão exclusivamente gerado, por políticas públicas educacionais sem qualquer comprometimento com a formação intelectual e jurídica do cidadão. Em um país no qual ainda se discute sobre índices de analfabetismo, portanto sobre quantidade educacional, assoma-se inocente pensar-se em termos de qualidade, de profundidade educacional. Ainda que se possa pensar na existência de uma política séria para a disseminação educacional, e para a tentativa de se acabar com o analfabetismo, o mesmo sequer pode ser cogitado acerca da ignorância jurídica da grande massa populacional; ainda sujeita e condenada a não conhecer o que a ela é garantida constitucionalmente.

Por óbvio que esse desinteresse estatal em disseminar os *direitos*, sua extensão e profundidade, é atribuível a um elemento do poder, a uma tentativa de simplesmente *não discutir* esse tema, o qual sequer é colocado na *pauta* de assuntos relevantes ou passíveis de merecerem atenção. Como o pleno acesso dos indivíduos à instância de solução de conflitos não é objeto de preocupação estatal, assoma-se notório como ferramenta biopolítica esse afastamento do Poder Judiciário, e a negação ao *acesso à justiça* como forma de satisfação de direitos. É claro que ao se atualizar a idéia de biopoder se considera mais a sua forma de operatividade dentro da sociedade, quer dizer, o seu caráter geral.

Controla-se, desse modo, o acesso à mais importante instância de realização do direito: as decisões judiciais, proferidas pelo órgão com o maior apuro técnico e científico, e preparo para a efetivação e consolidação de direitos e de garantias para os cidadãos. O alijamento dessa instância, quer pela ausência de *cultura jurídica*, quer pela impossibilidade *material* de arcar com custas processuais, e com a contratação de profissionais gabaritados e hábeis o suficiente para concretizar e realizar o *justo*, é perfeitamente atribuível ao *político*, inerte por tradição em tentar desobstruir os canais de acesso à justiça, tradicionalmente congestionados por mazelas pouco claras, mas com aptidão suficiente para afastar o cidadão, o indivíduo dessa busca política pelo justo.

Não existe uma *racionalidade* estatal que coloque o tema *acesso à justiça* no centro das preocupações políticas, ainda que simbolicamente seja primordial reconhecer esse direito como fundamental para a concretização da plenitude dos indivíduos, e do seu pertencimento a uma comunidade.

Ao se universalizar a negação do indivíduo apto a litigar¹⁹⁵, o qual possa buscar a concretização de seus interesses e direitos a partir do socorro à instância judiciária, torna-se visível a incidência de um *biopoder*. Claro que não se nega diretamente o elemento biológico *vida*, mas seus atributos essenciais ligados a existência e ao pertencimento do indivíduo a uma comunidade. Já indiretamente pode-se dizer que essa interdição produz uma *existência* sujeita a negações e privações de direitos fundamentais de tamanha repercussão. Afinal o sentimento de *(in) justiça*, o qual todos, em algum momento já vivenciaram, é algo que não se apaga, e que repercute na individualidade e no sujeito concreto.

¹⁹⁵ Litigar não no sentido de uma mera contenda, mas significando uma *luta pelo direito*, pelo *acesso à justiça*.

7 CONCLUSÃO

A presente pesquisa parte de um pressuposto metodológico extraído do pensador francês Michel FOUCAULT e rumo em direção ao esclarecimento de determinadas questões relativamente obscuras ou ignoradas pelo direito. O pressuposto é a efetiva possibilidade e certeza de o direito e a norma atuarem de modo paralelo, quando o direito até mesmo se utiliza de mecanismos normativos, disciplinares e biopolíticos. Leitura essa, de compatibilidade, absolutamente essencial para se pensar criticamente o direito hodiernamente.

Veja-se que o direito, suas technicalidades, seus pressupostos internos e condições de aplicação e validade, não se assomam suficientes para explicar o funcionamento real e a aplicação do direito. Exatamente por isso, de posse do pressuposto metodológico que correlaciona direito e norma, algumas respostas somente serão acessíveis quando se percebe o conteúdo disciplinar pelo qual o direito é perpassado.

Mais adiante, já se generalizando a aplicação do direito em níveis de controle populacional, percebe-se ser a aplicação do direito, ou como apontado, a não aplicação do direito (pela negação ao seu acesso), política de controle o qual pode manter alijada parcela importante da sociedade.

Quer dizer, a significação social do direito aplicado pelo Poder Judiciário, o simbolismo que as decisões judiciais carregam e atravessam a sociedade, implica no reconhecimento de que esses elementos estranhos ao direito, por consequência normativos (não por exclusão), acabam por evitar ou afastar do controle judiciário questões privadas, o que, efetivamente, repercute no direito.

A norma – instrumento ou meio de circulação de um poder não jurídico – está fortemente presente dentro do direito. Quer atuando através do discurso jurídico, produtor de discrepância e abismos entre a população e os técnicos do direito, implicando no tolhimento de acesso à justiça pela incapacidade de os indivíduos se reconhecerem como sujeito de direito, aptos a *ter* algum direito. Quer atuando, também enquanto discurso na formação de operadores jurídicos (aqui incluídos todos:

juízes, advogados, etc.) os quais portam e perpetuam anacronismos e normas jurídicas obsoletas, produtos de períodos históricos superados.

De outro lado, o mesmo ocorre com as chamadas *medidas comuns normativas*, as quais já existiam dentro do poder político, que se utilizava delas para seu governo. Porque o extravasamento das medidas de governo para questões puramente jurídicas, de reconhecimento e aplicação do direito, acarreta a politização do jurídico no seu sentido mais negativo, no sentido de aplicação de um poder de condução sobre os indivíduos.

Quanto ao objeto do presente trabalho percebe-se que essa politização se torna nefasta por conter e afastar importante elemento do convívio social dentro de uma sociedade moderna: a possibilidade de *ter* direitos reconhecidos e/ou protegidos pelo órgão jurídico máximo, o Poder Judiciário. Sinteticamente, e a partir das condições analíticas do poder em sua manifestação real trabalhadas por FOUCAULT, pode-se arriscar-se em concluir pela crescente discrepância entre as condições de funcionamento de um poder (judiciário) e os anseios de uma sociedade que não sabe quando *tem* ou não algum direito. Verdadeira política sobre os *corpos*, afastando-os da possibilidade de serem incluídos pelo direito.

Igualmente as condições discursivas formadoras da doutrina do direito estão imbricadas às mesmas limitações concretamente apresentadas na reiterada renovação de um direito reprodutor e produto de um discurso formal e legalista, que confere à aplicação do direito uma aparência de racionalidade.

O discurso atua em vários e diferentes níveis, mas todos com importante resultado para o produto final – aplicação do direito. Inicia-se na formação dos juristas (operadores do direito), formando um saber que limita as condições de expansão, mantendo o conhecimento sob controle. Posteriormente, as mesmas condições discursivas são colocadas dentro do procedimento de acerto do direito (processo), e formatam a decisão final através de dispositivos igualmente disciplinares, e controladores do discurso. Exponenciando as interdições discursivas, tornando o saber jurídico constantemente controlado.

Com base nisso, pode-se afirmar que o primeiro objetivo do presente trabalho, o de justamente apontar quais as causas ou os condicionantes verificáveis para a aplicação do direito e que a ele são externas, não portam a pretensa racionalidade e plenitude da lei, estando impregnados de elementos disciplinares. Igualmente, percebem-se quais mecanismos podem ser identificados, ainda que atuem menos visivelmente, para os resultados colhidos cotidianamente na aplicação do direito. Tudo isso a partir de instrumentos únicos da teoria foucaultiana, parcialmente adaptados para o âmbito do direito.

Atingir esse objetivo, entretanto, não finaliza a pesquisa, muito menos acomoda as categorias teóricas de modo definitivo. Ao contrário, impõe avançar-se para se entender quais repercussões pode haver a partir dessa constatação, a de estar o direito carregado de elementos disciplinares, os quais apontam também para a redução do justo ao legal.

Não se consegue, e nem se pretende, através da presente dissertação, se definir se a aplicação da lei e sua prevalência como parâmetro discursivo e teórico do direito é boa ou ruim (ainda que se trate de uma racionalidade limitada e parcial). O que se percebe é a fragilidade das condições de legitimidade do direito a partir da sua vinculação com o poder soberano, especialmente porque a relação de dominação presente no direito não se desume a relação de legitimidade da posição do Estado (Poder Soberano). Essa dominação através do direito, a forma como ele é aplicado, a capacidade de prevalecer e amoldar condutas com instrumentos disciplinares está muito mais difusa e presente no cotidiano do que se imagina. Trata-se das relações efetivas e concretas.

O que impõe afastar a ilusão da técnica, da ciência jurídica e da aplicação neutra do direito, rumo à contextualização e a percepção de que o direito é, muitas vezes, um exercício puro de dominação. Ainda que realizado a partir da lei, seu conteúdo disciplinar apresenta-se em pleno funcionamento.

Somente através dessa conscientização acerca da real conformação jurídica será possível captar toda a extensão do fenômeno jurídico, e aceitar a aplicação do direito

de um modo mais real e menos ingênuo: uma relação de dominação difusa, complexa, que não se restringe ao elemento formal de poder.

Talvez assim, plenamente conscientes da dominação que perpassa a cotidianidade do direito, dos seus elementos discursivos e políticos, seja possível entender esse mesmo direito a partir das suas efetivas condições de realização comuns, as quais estão longe de ser as ideais, mas, ao menos, podem ser mais bem apreendidas e inteligidas.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*. O poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: Editora UEMG, 2004.
- ALTHUSER, Louis. *Posições II*. Rio de Janeiro, Graal, 1980.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ANDERSON, Perry. *Passagens da Antiguidade ao Feudalismo*. São Paulo: Brasiliense, 2001.
- ARENDT, Hannah. *A condição Humana*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. *Justiça Distributiva e Aplicação do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1983.
- _____. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999.
- BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 8ªed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- BOURDIEU, Pierre. *Meditações Pascalinas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- BRAGA JUNIOR, Marcos. *Michel Foucault: A legitimidade dos corpos políticos*. São Paulo: Minha Editora, 2007.
- CAENEGEM, R. C. Van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.
- _____. *Direito e Democracia*. 2ª edição. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.
- CAPELLA, Juan Ramon. *Fruto Proibido: Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

- _____. *Os cidadãos servos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.
- _____. *Juízes Irresponsáveis?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.
- _____. *Processo, Ideologia e Sociedade. Vol.I*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.
- CÁRCOVA, Carlos Maria. *Direito, Política e Magistratura*. São Paulo: LTr, 1996.
- CARVALHO, José Murilo de. *A construção da Ordem: a elite política imperial*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.
- _____. *Teatro de Sombras: a política imperial*. São Paulo: Vértice, RT; Rio de Janeiro: IUPERJ, 1988.
- _____. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- _____. *A formação das almas: O imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Cia das Letras, 2001.
- CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e Poder*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DUSO, Giuseppe (org). *O Poder. História da Filosofia Política Moderna*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2005.
- ERIBON, Didier. *Michel Foucault e seus contemporâneos*. Trad.: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

- ESCOBAR, Carlos Henrique de. *O Dossier/Últimas entrevistas*. Rio de Janeiro: Livraria Taurus Editora, 1984.
- EWALD, François. *Foucault, a Norma e o Direito*. Lisboa: Vega, 1993.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder; formação do patronato político brasileiro*. 15ª edição. São Paulo: Globo, 2000.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. (org.) *Direito e justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.
- FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.
- FONSECA, Márcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho: do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica*. São Paulo: LTr, 2002.
- _____. *Direito e História: Relações entre Concepções de História, Historiografia e História do Direito e Partir da Obra de António Manuel Hespanha*. Curitiba, 1997. Dissertação (mestrado em direito - Setor de Ciências Jurídicas).
- FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999.
- _____. *A Arqueologia do Saber*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____. *A Ordem do Discurso*. 8ª ed. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. *As Palavras e as Coisas*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- _____. *Ditos & Escritos (vol. I): Psicologia, Psiquiatria e Psicanálise*. (org. Manoel Barros da Motta). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

- _____. Ditos & Escritos (vol. II): *Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento*. (org. Manoel Barros da Motta). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____. Ditos & Escritos (vol. IV): *Estratégia, Poder-Saber*. (org. Manoel Barros da Motta). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- _____. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Microfísica do Poder*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000.
- _____. *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*. 25ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- _____. *Os Anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Resumo dos Cursos de Collège de France (1970-1982)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- _____. *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000.
- _____. *História da Sexualidade, 1: A vontade de saber*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.
- _____. *História da Sexualidade, 2: O uso dos prazeres*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.
- _____. *História da Sexualidade, 3: O cuidado de si*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.
- _____. *A Hermenêutica do Sujeito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. *O Poder Psiquiátrico*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *Seguridad, territorio, población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- _____. *Nacimiento de la Biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- _____. *Segurança, Território e População*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FREITAS FILHO, Roberto. *A Crise do Direito e o juspositivismo: A exaustão de um Paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

- GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. 34ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- _____. *De Pernas pro Ar: A escola do mundo ao Avesso*. 7ª edição. São Paulo: LPM, 1999.
- GEERTZ, Clifford. *O Saber Local*. 8ª ed. Petrópolis: Vozes, 2006.
- GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GUARESCHI, Massimiliano. Do modelo institucional-jurídico à analítica do poder: Michel Foucault. In: *O Poder. História da Filosofia Política Moderna*. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 2001.
- GRÓS, Frédéric (org.). *Foucault: a coragem da verdade*. São Paulo: Parábola Editorial, 2004.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004.
- GROSSI, Paolo. *Derecho, sociedad, estado: una recuperación para el derecho*. México: Escuela Libre de Derecho: El Colegio de Mochoacán: UMSNH, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- _____. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- _____. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. *Império*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- _____. *Multitude: War and Democracy in the Age of Empire*. Nova York: The Penguin Press, 2004.
- HESPANHA, António M. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Lisboa: Europa-América, 1997.
- _____. *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*. Colectânea de textos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

- _____. *Justiça e Litigiosidade: História e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- _____. *Às Vésperas do Leviathan: Instituições e Poder político em Portugal – séc. XVIII*. Coimbra: Fundação Almedina, 1994.
- _____. *Cultura Jurídica Européia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- _____. *O Caleidoscópio do Direito*. O direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007.
- HOMEM, Antônio Pedro Barbas. *A Lei da Liberdade*. Vol. 1. Introdução Histórica ao Pensamento Jurídico. Portugal: Principia, 2001.
- KAFKA, Franz. *O Processo*. 8ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- KOHAN, Walter Omar e GONDRA, José. *Foucault 80 anos*. Belo Horizonte: Autentica, 2006.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.
- LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MACHADO, Roberto. *Foucault a ciência e o saber*. 3ª edição revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- MIAILLE, M. *Introdução Crítica ao Direito*. 2ª ed. Lisboa: Estampa, 1989.
- MIRANDA ROSA, Felipe Augusto de. *Poder, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1982.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

- O'DONNEL, Guilherme; MÉNDEZ, E. Juan; PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.). *Democracia, Violência e Injustiça; O não-estado de Direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- O'FARREL, Clare. *Foucault: historian or philosopher?* London: MacMillan, 1989.
- OLIVEIRA, Francisco. *Os direitos do antivalor: A economia política da hegemonia imperfeita*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- PASSOS, J.J. Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*. 1ª edição, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PEPÊ, Albano Marcos Bastos e ROCHA, Leonel Severo. *Genealogia da Crítica Jurídica: de Bachelard a Foucault*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.
- PERELMAN, Chain. *Tratado da Argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- PRADO FILHO, Kleber. *Uma História da Governamentalidade*. Rio de Janeiro: Editora Insular, 2006.
- _____. *Uma História Política da Verdade*. Rio de Janeiro: Editora Insular, 2006.
- RAJCHMAN, Jonh. *Foucault: A liberdade da Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987.
- RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e Processo: Razão Burocrática e Acesso à Justiça*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2002.
- SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Vol.1. Processo de Conhecimento. 5ª edição. São Paulo: Editora RT, 2001.
- SOUZA SANTOS, Boaventura. *O Discurso e o Poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- _____. *Pelas Mãos de Alice: o social e político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.
- _____. *A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência*. Vol.1. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- THOMPSON, Edward. P. *Senhores e Caçadores*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000.
- WIACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____, _____. *Ideologia, Estado e Direito*. 4ª edição. São Paulo: RT, 2003.
- WOOD, Ellen Meiksins. *A origem do Capitalismo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.